20 — 382

✠

INFORME
QVE SE AVIA DE HAZER

por parte de Doña Francisca Antonia de Cabrera, y Bobadilla. En el pleito de tenuta que sigue con Don Diego Lopez Pacheco, Duque de Escalona, Marques de Villena.

SOBRE

La tenuta del Estado de Moya, que por contener nuevos fundamentos, y consideraciones en su fauor, demas de los que en sus informes en derecho se han dado, se han reduzido à escrito.

1 ON Diego Lopez Pacheco vltimo posseedor del Estado de Moya, murio sin descendientes, y lo que el derecho dispone en lo regular es, que suceda el pariente mas cercano que tuuiere, *l.2. tit.15. part.* 2.ibi: *Deue heredar el Reyno el mas propinquo pariente que huuiesse*, que se entiende estando en la linea inmediata, y mas proxima al vltimo posseedor, *cap.1. de natur. successs. feud.* D. Molin. *lib.3 cap.6. num.*30. y procede tambien entre transuersales, D. Molin. *lib.3. cap.* 4. *num.*42. Castill. *tom.5. cap.92. num.*48. & 49. y estando en ella en el grado mas cercano, *d.l.2. tit.15. part.2.* D. Molin. *lib.3. cap.9. à n.*11. & ibi Addent.

2 Segun lo qual dize el Duque Don Diego, que el es de quien estas dos reglas hablan, porque està en la linea mas proxima al vltimo posseedor, o como su padre, o considerada la persona inmediata de quien ambos deciendẽ, que es a lo que se deue atẽder para formar las lineas, *l. Iuris Consultus 10. ff. de grad. vbi gloss. verb. Item liberi*, Mier. 2. *part. quæst. 7. num.* 11. Castill. *lib. 5. cap. 93. num.* 43. y que doña Francisca tiene por ascendiente comun, con el vltimo posseedor, a la Marquesa doña Luisa, que està mas remota, y que el Duque està en 5. grado con el, y doña Francisca en 9. segun el computo ciuil de que entre transversales, tantos son los grados, como las personas, communi stipite dempto, *l. fin. §. at quoties, & §. idem, ff. de grad. §. 1. & §. hactenus inst. eod.* Couarru. *in* 4. 2 *part. §.* 6. *num.* 7. Azeued. *cons.* 24. *n.* 58.

3 Doña Francisca responde, que todas las reglas cessan, porque està primero la voluntad del testador, a quien todas ceden, *l. in conditionibus primum locum, ff. de condit. & demonstrat. l. 40. Taur.* ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesto por el Fundador*, Castill. *tom. 5. cap.* 92. *num.* 33. *in fin.* 1. *colum.* ibi: *Quia prærogatiua, tam lineæ, quàm sexus gradus proximitatis, & ætatis subyciuntur omnino testatorum, & disponentium volũtati, qui possunt adlibitum anteponere, & postponere lineas, sumendo initium à proximiore, vel remotiore, prout eis placuerit*, D. Larrea *decis.* 51. *num.* 41. donde en caso semejante à este dize, que *lineæ ratio non habenda, si contra disposuit testator*. y doña Francisca pretende, que tiene esta en su fauor conocidamente.

4 Y lo prueua por cinco medios, porq̃ puede venir, y preferirse el hijo segundo cõtra el mayor, que son. El primero por la incompatibilidad expressa de los mayorazgos. El segundo por incompatibilidad tacita. El tercero por tener llamamiento expresso el hijo segundo.

A

do. El quarto por tener exclusion el hijo mayor. Y el quinto por la *l.7 tit.7.lib.5.Recop.* Y q̃ concurren todos cinco en fauor de doña Francisca en la clausula de la fundacion, que dà motiuo à este pleito, siendo assi, que bastara qualquiera dellos para vencer al Duque.

Fundase el primero medio de la incompatibilidad expressa.

5 La clausula dize assi: *Otrosi ordeno y mando, que si acaeciere, que este mi dicho mayorazgo ouiere de venir à alguna muger que le pertenezca, segũ la orden, y regla que de suso se contiene: y esta tal casare con alguna persona que tuuiere otro mayorazgo, quiero, è mando, que en tal caso ella, y su marido en su vida tengan, y posean el dicho mayorazgo. Pero despues de sus dias de la tal muger, quiero, y mãdo, que si huuiere dos hijos varones, que este dicho mayorazgo venga al hijo segundo legitimo natural, è a sus descendientes, por la orden, è regla que susodicha es en este mi mayorazgo, è no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo. Pero si acaeciere, que la tal muger solamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, è lo tenga, è possea en su vida: pero despues de sus dias, que lo aya y herede el segundo hijo varon suyo legitimo, è natural, ò hija, en defecto de hijo varon, e sus descendientes legitimos naturales, segun la orden, y regla de suso contenida en este dicho mi mayorazgo: è el que lo assi posseyere despues de los dias de su madre, ò abuela, ò visabuela, ò desde arriba, que guarde, è tenga en el cognombre, ò sobrenombre, y en el escudo de sus armas, lo que abaxo se dirà del que tuuiere este dicho mi mayorazgo.*

6 Incompatibilidad expressa es, quando en la fundacion se dize, que no se junte con tal mayorazgo, o

que

que no se pueda juntar con alguno, ò que vn sucessor no los pueda tener ambos, *d.l.7.tit.7.lib.5.* que hablò della illic: *De manera, q̃ los dos mayorazgos no concurrã n vna persona, ni los pueda vno tener, ni posseer*, y a esto mirò D. Molin. *lib.3.c.2.n.29.* Mieres *2.p. q.4. illat.3. n.15.* Castill. *lib.6.c.160.n.4.& 5.in fin.* D. Larrea *d. decis.51. num.3.* ibi: *Sed ex voluntate disponentis expressa dum prohibentur maioratus coniungi*, porque en caso de suceder hembra en este mayorazgo, y casando con quien tuuiesse otro, quiere que se diuidan en los hijos, y que este no pueda venir al hijo mayor, porque no se confunda, ibi: *E no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo.*

7 Y està aqui verificado, porque en caso de suceder hembra en este mayorazgo, y casando con quien tuuiesse otro, expressamente quiere, y dispone, que en sus hijos se diuidan, y que el segundo lleue este mayorazgo, y no le pueda llenar el primero, ibi: *Que si acaeciere, que este dicho mi mayorazgo huuiere de venir a alguna muger, y esta tal casare con alguna persona que tuuiere otro mayorazgo, ellos en su vida lo posseen*: pero despues de sus dias quiere, que si huuiere dos hijos, venga al hijo segundo, y a sus descendientes, y no al mayor, *porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo*, con que causò, è introduxo la incompatibilidad expressa.

8 Esta incompatibilidad fue real, lo qual se prueua por tres medios. El primero, porque assi se presume de derecho. El segundo en fuerça de las palabras. Y el tercero por la razon.

9 El primero por la resolucion del señor Larrea *decis.51.n.56.* comprobando su sentencia con executoria de la Chancilleria de Granada, ibi: *Senatus in his controuersijs, nisi expresse de iudicio disponentis appareat voluisse*

laisse incompatibilitatem aduersus lineas, gradus, vel personas limitari, vel aliquam rationem exprimere, qua solum excludat personam, & aliam solum admittat semper realem censuit, vt incompatibilitas bona comitetur.

10 El segundo se prueua, porque quando el grauamen mira principalmente a los bienes del mayorazgo, y no a esta, ò otra persona determinada, se tiene siempre por real, Bart. *in l. filius familias, §. Diui, num. 4. ff. de legat. 1.* Petra *de fideicommiss. quæst. 1. num. 33. & 34.* Peregrin. *art. 14. num. 2.* Surd. *cons. 529. nu. 23. lib. 4.* Bursat. *cons. 224. num. 2. lib. 3.* y en terminos de incompatibilidad, D. Larr. *d. decis. 51. num. 16.* y en el num. 17. donde *ad hoc vt realis incompatibilitas iudicetur,* dize, que se ha de mirar si se puso a los bienes, ibi: *Et cum id respiciat bona grauamen reale existimabitur, quia in ipsam dispositionem, vt saluasit, dirigitur,* y en el num. 36. ibi: *Iura supra adducta procedere quando ad personas dispositio dirigitur, vt est hæreditatio, vel grauamen personis iniunctum, non vero quando respicit dispositio ipsa bona, vt regulare est in hac materia incompatibilitatis, vbi tota eius ratio pendet, ne aliud primogenium cum altero misceatur, & fumilis memoria seminata, & honos euanescant, in quo nihil de personis curatur, sed de bonis, vt institutor noluit eius maioratum cum alio confundi, & obliterari,* que fue puntualmente lo que aqui passò, y lo repite en el num. 40.

Y en su comprouacion se deue considerar mas, que no solo es la incompatibilidad expressa, sino la mas precisa que puede darse, porque sin reparar el Fundador en si el otro mayorazgo del marido tenia grauamen de apellido, y armas que embaracè las suyas, ò otra calidad que le suprimiesse, ò si era de mas, ò menos renta, solo con ser mayorazgo prohibiò el que se juntasse con el, vt in clausula, ibi: *Con alguna*

per-

persona que tuuiere otro mayorazgo. Et ibi: *Aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre.* Et ibi: *Y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo,* sin que en alguna parte destas pidiesse mas de que el otro fuesse mayorazgo para que no se juntasse con el suyo.

12 El tercero es, por la razon, y causa final, la qual aqui se expressò, ibi: *Porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo:* y que esta fue la causa final, lo vno, porque la diccion, *Porque,* la induze Castil. *tom. 6. cap. 172. num. 17. & cap. 173. num. 38.* Lo otro, porque qualquiera que se expressa, se presume que lo es Castill. *dict. cap. 173. num. 2.* Y por estar puesta por el Fundador mas precisamente *dict. cap. 173. num. 12.* y por mirar a la conseruacion del linage, y familia, Decian. *cons. 7. num. 19. lib. 1.* Castill. *d. cap. 173. num. 30.* Y quando la razon es general, como esta, que mirò a la conseruacion de la familia, y se puso generalmente para que no se confundiesse aquel mayorazgo con otro haze real la incompatibilidad, como se prueua *in l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* donde se puso la misma, y lo comprueua D. Larr. *decis. 51. num. 17. 21. & 36. & 37.*

13 Y como la causa final gouierna, y rige la disposicion, *l. damus, ff. de cond. indebit. l. cum de indebito, ff. de probat.* Surd. *cons. 210. num. 28. & post plures,* D. Larrea *d. decis. 51. n. 17. in fin.* Y dispone como las mismas palabras dispositiuas, Castill. *cap. 169. num. 2.* estiende la disposicion a todos los casos a que puede mirar la razon, D. Molin. *lib. 1. cap. 5. à num. 7. ad 18.* D. Valenç. *cons. 63. à num. 144.* Castill. *d. cap. 169. nu. 7.* donde cita infinitos por esta sentencia, *& num. 27.* no por extension, sino por comprehension, Castill. post alios *num. 9. & 10.* y procede aunque sea en casos odiosos, y correctorios, D. Molin. *lib. 1. cap. 5. nu. 10.* Barbos. *in l. si constante 25. in princip. nu. 102. vers.*

Ita vt traddition, ff. sol. matr. Farinac. *in fragm. 1. p. cap. extensio an, & quando concedatur, &c. num.* 183. *folio* 184. Castill. *dict. cap.* 170. *num.* 7. Y assi fue lo mismo la razon que se puso, que auer dicho el Fundador por palabras claras, que mandaua que su mayorazgo no se pudiesse juntar con otro alguno, porque no se confundiesse con el.

14 Y deste principio procede la resolucion que los Doctores han tenido, de que la *ley* 7. no solo se ha de entender en la junta de mayorazgo por matrimonio, que son los terminos en que habla, sino que por ser la razon mas general, se ha de entender en la junta que huuiere por sucession, ò en otra manera, como son Matinç. *in dict. l.* 7. *glos.* 5. *num.* 1. vbi Azebed. *num. fin.* Castill. *lib.* 3. *cap.* 28. *à num.* 20. *ad* 26. & *lib* 6. *cap.* 177. *à numer.* 7. *cum sequentib.* Miet. 1. *part. quæst.* 30. *num.* 48. & 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 327. Paz *de tenut.* 2. *part. cap.* 57. *à numer.* 189. *ad* 201. Robles *de repræs. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 2. D. Larr. *decis.* 51. *num.* 20. D. Solorçan. *tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 42.

15 Siendo como es este mayorazgo incompatible con otro qualquiera, mucho mas lo es, con Casas tan grandes como la de Villena, y Escalona; porque la opulencia dellas, y los grauamenes de apellido, y armas que tienen, es sin duda que auian de confundir à esta, que es lo que el testador quiso prohibir.

16 De que resulta, que siendo incompatibles estas Casas, se deuen diuidir, aunq no huuiera mas llamamiento, ni otra causa alguna, Mier. 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 25. Menoch. *consil.* 97. *num.* 91. Thesaur. *lib.* 1. *q. forens.* 34. *num.* 6. Castill. *tom.* 6. *cap.* 178. *num.* 5. y que siendo, como era, el Duque Don Diego posseedor de los Estados de Villena, y Escalona, al tiempo, y quando el Marques Don Diego su hi-

jo vltimo posseedor deste Estado muriò, no pudo entrar en èl Estado de Moya, por ser incõpatible cõ èl, date D. Valenç. *cons.* 83. *à n.* 133. & 134. D. Larr. *decis.* 52. *n.* 26. & 29. D. Solorç. *tom.* 2. *lib.* 2. *c.* 27. *à nu.* 36. y quãdo antes lo tuuiera perdiera el dominio y possessiõ dèl, *l. quoties, C. de fideicom.* Gregor. *in l.* 34. *tit.* 9. *p.* 6. verb. *El Señorio*, vers. *Et nota quod similiter*, Mieres 3. *part. quæst.* 9. *num.* 1. D. Molin. *lib.* 3. *c.* 12. *n.* 2. Paz *de tenuta c.* 34. *n.* 12. & 13. Y queda excluido perpetuamẽte el en quien llegarõ a cõcurrir de poder tenerlos, D. Valenç. *d. cons.* 83. *n.* 65. 66. & 67. Castill. *dict. c.* 178. *n.* 16. *col.* 4. *in med.* & *cap.* 179. *num.* 2. *col.* 3. *in princ.*

17 Y passò en el siguiente en grado sin otro acto de declaracion, ni entrega alguna, Greg. *vbi supr.* Xuarez *allegat.* 9. *num.* 5. Tell. *in l.* 27. *Taur. numer.* 2. Mier. 1. *p. q.* 24. *num.* 2. Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 3. & 4. & *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 17. Paz *dict. cap.* 34. *num.* 12. ibi: *Nam per dictã incompatibilitatis rationẽ, huius primi maioratus dominium amissum fuit, & absque alio actu, neque traditione in sequentem in gradu fuit traslatum.* Y lo mismo repite en el *num.* 25. & 38. y en el *num.* 41. donde funda, que siendo la incompatibilidad conocida, no serà necessario sentencia, ni declaracion del Iuez, para quedar excluido el mismo en quien llegaron a concurrir.

18 Y este siguiente en grado es el hermano segundo, *l.* 7. *d. tit.* 7. *lib.* 5. ibi: *El hijo, o hija segundo sucçeda en el otro mayorazgo*, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 30. ibi: *Tunc namque cum hæc duo primogenia ex contrarietate legum in vno successore concurrere non possũt, primogenitus vnus ex eisdem eligere poterit, in altero vero secundogenitus succedet*, & *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 25. Pater Molin. *disput.* 624. *num.* 9. que en los mismos terminos dize: *Tunc is primogenitus similiter eligere debet vnum eorum, quem maluerit, & alter deueniet ad secundogenitum*, Mier. *de maiorat.* 2. *p. q.* 4. *illat.* 3. *num.*

15.

15. D. Valenç. *cons.* 83. *num.* 11. & 26. Robles *lib.* 2. *cap.* 6. *à num.* 5. Castill. *lib.* 6. *cap.* 178. *num.* 119. & *per tot.* D. Larrea *dict. decis.* 511. *num.* 12. 18. & 19. D. Solorçano *lib.* 2. *cap.* 19. *à num.* 31. *ad* 56.

19 Y no se dà, ni puede à los hijos del excluido, en quien se causò la incompatibilidad, como comprueuan los Autores referidos en el num. antecedente, especialmente los señores Valençuela, Larrea, y Solorçano *d. num.* 56. que testifica de la practica del Consejo, ibi: *Et quotidie in Regio Senatu pronuntiatur, vbi quis excluditur ab vno maioratu ob incompatibilitatem alterius, nam successio illius non datur primogenito exclusi, etiam durante vita patris, quamvis tunc nullum maioratum possideat, sed secundogenito*; y latissimamente Castill. *d. cap.* 178. *à num.* 10. & *tom.* 3. *cap.* 15. *num.* 6. Mier. 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 65.

20 Y ni el padre en este caso forma linea, porque quedando, como queda excluido, no la puede constituir, D. Larrea *d. decis.* 511. *num.* 18. & 19 *in princip.* y es lo mismo estar excluido por incompatibilidad, que ser muerto, *l. sineceni*, §. *si deportatus*, *ff. de bon. libertor.* D. Valenç. *cons.* 83. *num.* 7. Paz *de tenuta*, *cap.* 34. *num.* 18. ibi: *Quia paria sunt in materia successionum successorem non esse in rerum natura, vel esse, & à successione ex incompatibilitate, vel alia ex causa exclusi, vt locum aliat sequenti in gradu*; Castill. *lib.* 6. *cap.* 73. *nu.* 15. *post med.* & *cap.* 181. *num.* 1.

21 Respecto de lo qual por este fundamento se deue preferir Doña Antonia al Duque, porque aũque no sea hermana segunda del vltimo posseedor, ni del Duque que litiga, no ay del vno, ni del otro, hermanos, ni descendientes, y auiendo de buscar la sucessiõn el siguiente en grado, *ex dict. supra num.* 17. y linea capaz, no ay otra alguna en quien pueda verificarse que en Doña Francisca, assi por ser tercera nieta de Doña Iuana Pacheco, hija segunda de la Marquesa Doña Luisa de Cabrera, que posseyò este Estado, como porque es la parienta mas cercana siguiente en grado capaz de poder tenerle.

Fundase el segundo medio de la incompatibilidad tacita.

22 Incompatibilidad tacita se dize, quando no auiendo en la fundacion prohibicion expressa de juntarse con otro mayorazgo, se ponen condiciones, tales que impiden la junta de ellos, ni poder tenerlos vna persona sola, que ordinario suele suceder en el apellido, nombre, y armas, a que mirò la doctrina de Molina *lib.* 3. *cap.* 2.

num.

*num.30.& lib.2.cap.14.num.26.& 27.*Castill.*lib.6.cap.160.num.7.* D.Larrea *decis.51.num.3.*

23 Y esta incompatibilidad tacita basta que estè en el vno de los dos mayorazgos, porque con esto se excluye al otro, Castill. *tom.6.cap.180.n.5.17.& 19.* pero quando se hallare en ambos mayorazgos, sera mas sin duda, y mas fuerte la incompatibilidad para diuidirse, Castill. *tom.6.cap.180.num.4.& 18.*ibi: *Et multo magis si in vtroque caueatur, quod sine aliorum immixtura portentur: & in n. 19.* versi. *Cum ergo nomen.* Aqui estan verificadas las incompatibilidades tacitas en todos los mayorazgos, porque la clausula de apellido y armas, puesto en este de Moya, era bastante por si sola para excluir el no poder juntarse con los mayorazgos de Villena, y Escalona, por lo que en nuestra primera informacion se dize *à num.* 139.*& 144.cum sequent.* especialmente juntandole la razon general que se puso a toda la disposicion, y principalmente por la conseruacion del linage, y del apellido y armas, y que no se cōfundiesse, ni jūtasse con otro, la qual influye en ella lo que queda propuesto *supra num.12.& 13.*

24 Pero quando la incompatibilidad tacita, que resulta deste Estado de Moya no fuesse bastante para excluir la junta de los otros, es muy vrgente la clausula del de Villena: pero la que no tiene alguna duda es la del de Escalona, porque quiere que traigan su apellido, y armas de Pachecho solas, sin otra alguna mezcla, como en nuestra primera informacion se dize *à num.* 135. *ad* 136. las quales de ninguna manera pueden admitir la compañia del de Moya, por lo que en la primera informacion se funda *à n.* 152. con los siguientes, a que nos remitimos.

25 Y bastando, que la incompatibilidad tacita se halle en el vno de los dos mayorazgos, sin que sea necessario, que estè en ambos, Castill. *lib.6.d.cap.180.num.5* ibi: *Sic sane vbicumque maioratuum ipsorum incompatibilitas ab expressa institutorum voluntate sub præcepto resultet, & concursus, aut vnionis duorum maioratuum probibitio procedat, secure firmandum est, maioratus ipsos iungi non posse in vna eademque persona, sed potius incompatibiles iudicandos, & voluntatem seruandam, idque siue ex vnius dumtaxat maioratus institutione incompatibilitas, & concursus, aut coniunctionis prohibitio procedat, siue ex vnius, & alterius dispositione simul, cum vnusquisque suis legibus, præceptis, & conditionibus regi, & gubernari debeat, nec vnius per alium, damnum, aut detrimentum, & minus derogationem patiatur, itaque si proponamus vnius maioratus institutorem expresse statuis-*

tuisse, quod eiusdem successor, alium maioratus habiturus non sit, siue quod solum eum possideat, aut quod ab eo institutus maioratus non immisceatur, siue iungatur cum tali, aut tali maioratu, voluntas precise adimplenda erit, prout etiam seruanda, quando vtriusque maioratus institutio incompatibilitatem inducat, & concursus prohibitionem habuerit.

Y lo mismo repite en el *num.* 17. ibi: *Ex coniecturis autem, & mente concursus duorum maioratuum impedietur, & primogenitus per secundogenitum, aut existens in proximiori gradu per remotiorem excludetur ob nominis, & armorum incompatibilitatem, quando in vno & altero maioratu, aut in vno tantum, ita impositum sit nominis, & armorum delationis præceptum, quod vtriusque institutoris nomen, & arma simul portare non valeant, quod tamen regulariter non contingit, sed dumtaxat, quando specifice cauetur, quod nomen, & arma sola absque alia, vel aliqua mixtura portentur.*

Y en el *num.* 19. ibi: *Cum ergo nomen, & arma sine mixtura aliqua portari cautum fuerit ab institutore maioratus, vel in vno, vel in vtroque eo ipso incompatibilitas inducitur, & duorum, pluriumve maioratuum concursus simul prohibitus censentur, quamuis aliter id non exprimatur; satis enim expressum dicitur, quod ab expresso deducitur ex eo scilicet, quod sine mixtura aliorum arma portentur.*

28 Segun lo qual basta la incompatibilidad tacita, que resulta del mayorazgo de Escalona, para que totalmente se impidiesse el poder entrar en el Duque don Diego, ni en el Duque su hijo, que oy viue, el mayorazgo, y Estado de Moya, y no parece era necessario mas fundamento que este para el vencimiento deste pleito.

Fundase el tercero medio de la exclusion del Duque, por el llamamiento que este mayorazgo tiene del hijo segundo.

29 Solo por llamar el Fundador del mayorazgo al hijo segũdo, auiendo hijo mayor, y en concurso suyo es visto excluir al mayor, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 28. que la sumò assi, *Filius primogenitus excluditur à successione primogenij, in quo ad eius successionem secundogenitus inuitatur*, Mier. 2. *part. quæst.* 4. *in princip. num.* 7. ibi: *Et idem si non sit vocatus filius maior secundum leges, & conditiones maioratus, d. l.* 2. *ibi: Seiendo ome para ello, & si pater secundogenitum vocauit*, Castill. *lib.* 6 *cap.* 160. *num.* 3. Addent. *d. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 28. ibi: *Et in pluribus Hispanorum primogenijs vidimus filios secundo genitos ad exclusionem primogeniti vocatos esse, hoc ita quia aptiores sunt*

ad conseruandam memoriam fundatoris, cum primogenitus ex consuetudine Hispaniæ antiqua, nomen & insignia propia familiæ ferre debeat, D. Valenç. *cons*. 97. *num*. 149. donde funda, que el llamamiento de vnos, es exclusion de los otros, y de las otras lineas, Surd. *cons*. 5. *num*. 58. *tom*. 1.

30 Y este segundogenito se ha, y deue entender el que tuuiere esta calidad al tiempo de la vacante, en qualquiera grado, o linea que estuuiere, para lo qual se cita en nuestra primera informacion *num*. 93. a Alciat. *cons*. 101. *num*. 16. *lib*. 9.

31 Y demas de Alciato, tienen esta sentencia Baldo, Aretino, Cino, Saliceto, y Ripa, a quien refiere, y sigue Mantica *de coniectur. lib*. 8. *tit*. 10. *num*. 7. & 8. Menoch. *cons*. 269. *num*. 24. *lib*. 3. el mismo Alciato in *l. proximi 92. in princip. ff. de verb. signific*. ibi: *Cum filios testator substituit eum qui tunc secūdogenitus est filiorum sororis suæ, & defuncto primo, colitigat secundus cum tertiogenito, tertius admittitur*, Mier. 2. *part. quæst*. 4. *illat*. 3. *num*. 12. ibi: *Et istis adde dum, quod secundogenitus dicitur ille, qui reperitur tempore conditionis euenientis, & sic tempore delatæ successionis*.

32 Y no auiendo segundo, a qualquiera vlterior que huuiere capaz, Mier. 2. *part. quæst*. 4. *in princip. num*. 7. ibi *Sed ita demum admittitur filius maior si sit capax, nā illo existente incapace ad filium secundum, vel ad vlteriores maioratus pertinet*, siguiendo la misma razon en el caso de *si pater secundogenitum vocauit*.

33 Porque se ha de tener por regla general para toda la disposicion el llamamiento de hijo segūdo, todas las vezes que este mayorazgo se pudiere confundir con otro en la persona del hijo mayor, porque la razon, y el animo del Fundador lo persuaden asi, y auer el mismo inconueniente que se junten, y mezclen las Casas que huuo en el caso especial, que el Fundador preuino, como singularmente obserua Stephano Federico *de qualit. contract. cap*. 19. *num*. 22. ibi: *Et lex imposita primogenito, cui cæteri gradus subordinantur, maxime si honorem, & nomen disponentis respiciat: nam non circumscribitur persona designata, sed generalis est titulus, & qualitas totius successionis propter vniforme desideriū defuncti, quod omnibus applicatur*, Flores de Mena *in addit. ad decis*. 27. *Gamm*. in fin. ibi: *Quia ex eo quod testator onus non habendi duo primogenia, de quibus in cap. alteri, & nepotibus non nominatum, sed illi, qui succederet, in illo, quod ipsi fundauit, imposuit, & quod non nominauit maiorem, & nepotibus, quia aliud primogenium habebat, satis colligitur, quod voluit in sua linea duo primogenia separata existere, & duas domos erigere, & funda-*

re-

re,& quod eius memoria cōseruaretur in successore in suo primogenito; quod dotauit, absque inter mixtione alterius, quæ rationes in alijs successoribus militāt, ac proinde illa conditio in omnibus reperitur, ex volūtate testantis, & ex maiori fauore publico, Castill.*d.lib.5.cap.*178.*n.*2. vers. *Multū itaque est* in fine illic: *Quāuis ergo maioratus duo, vel plures in personis filiorū, vniuscuiusque possessoris diuidi possent, atque ita memoriæ, nominis, & armorū institutorum confusio excusari, propter legē, tamen in exordio datā, & primogenito impositam, cui cæteri gradus subordinati videntur, fratres possessorum semper præferri debebunt filio secundo, & alijs filijs possessoris, & multo magis primogenito.*

34 Segun lo qual, quien deue suceder por este llamamiento es doña Francisca, como hija segunda, y descendiente legitima de doña Iuana Pacheco su tercera abuela, que fue la hija segunda desta Casa, de quien oy vnicamente ha quedado descendencia, y ser la mas cercana capaz que ay, y no puede boluer al Duque, porq̃ aunque sea mayor, y de linea mas cercana, es inhabil respeto de no poder cumplir con estas condiciones, Mier. 2.*part.quæst.*4. *num.*11. & 25. *& illat.*8.*num.*1. & 2. y estar excluido como en el fundamento siguiente se dirà.

Fundase el quarto medio por la exclusion expressa que tiene el Duque en esta clausula de la fundacion.

35 Quando demas de estar llamado el hijo segundo, està excluido el hijo mayor, entonces es cierto, que de ninguna manera puede suceder el mayor, D. Molin.*lib.*3 *cap.*2.*num.*28. ibi: *Sexta limitatio sit, quando ex maioratus dispositione filius secundogenitus excluso primogenito ad eius successionem inuitatur, tunc namque secundogenitus primogenitum ab eiusdem maioratus successione excluderet,* Mier.2.*part.quæst.*4. *illat.*8.*num.*25. Thesaur.*quæst.forens.lib.*1. *quæst.*34.*num.*6. Menoch.*cons.*57.*num.*90.*lib.*1. Castill. *lib.*6.*cap.* 160. *à num.*3. Addent.*lib.*3.*cap.*2.*d.num.*28.

36 Aqui està excluido el hijo mayor con palabras vniuersales, negatiuas, y duplicadas, ibi: *E no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo,* cuya comprehension, y fuerça se considera en nuestra primera informacion *num.*47. y en la segunda *num.*82. a que nos remitimos. Luego no puede pretender el Duque suceder especialmente no solo siendo primogenito, que bastara para quedarlo, sino tambien hijo del Duque don Iuan

Fernandez Pachecõ, que fue excluido põr don Frãcisco Pacheco su hermano segundo, quinto Marques de Moya.

Fundase el quinto medio de la exclusion por la ley 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat.

36 No se pueden juntar por casamiẽto dos mayorazgos, que el vno dellos tenga mas de dos quentos de marauedis de renta por la *l. 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* sentencia que han reconocido todos los del Reyno, que juntaron D. Valenç. *cons.* 83 *num.* 133. D. Larrea *decis.* 52. *num.* 26. & 29. D. Solorçan. *tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 23. & 42. en este caso ha de suceder el hermano segundo, como queda probado *sup. num.* 18. & no los hijos del primogenito, que aunque algunos lo han dicho, es sentencia menos prouable, y no aplicable a este caso, porque ni ha auido hijos en quien hazer esta diuision, ni se ha hecho, con que no puede embaraçar el assunto que vamos prouando.

37 Tambien queda aduertido *sup. num.* 14. que por la razon general de la ley no solo procede quando los dos mayorazgos se juntan por casamiento, sino tambien quando se juntan por sucession, ò en otra qualquiera manera, con q̃ quãdo tuuieramos necessidad deste caso para algun efecto, no solo auia vacado este mayorazgo por auerse juntado por casamiẽto en el Duque don Diego, y la Marquesa doña Luisa Bernarda de Cabrera, que es el caso especial de la clausula, y de la ley, sino que tambien se diera nueua vacante en el caso de sucession, que pretende tener el Duque dõ Diego a su hijo, siendo posseedor de los Estados de Villena, y Escalona.

38 A que no obstara dezir, que no consta, que valgã estos dos mayorazgos dos quentos de renta, porque por cosa notoria de que los valen, y mucho mas, se puede tener por probado, *gloss. in Clement. appellante*, verb. *Alias causas de appellat.* y los que junta Mascard. *de probat. conclus.* 1108. *a num.* 1. Y porque concurriendo la volũtad, y prohibicion del Fundador con la de la ley, no es necessario q̃ conste del valor, ni de la renta, para q̃ se cause la incõpatibilidad entre ellos, Castill. *lib.* 3. *c.* 28. *n.* 26. vers. *Quod si dixeris in med.* ibi: *Quantumuis maioratus nõ excedat summã in d. l. 7. prætaxatam, volũtas namque totũ facit, & dispositiones principaliter regit, atque dominatur, neque ad eũ casum, se extẽdit legis ipsius dispositio, sed in casu dubio dumtaxat, & quãdo expressa institutorũ dispositio, vel præsumpta, tantũ euidens tamẽ, contrariũ non indicat*, y mas adelãte *nũquam tamen*

inexcluditur, quia ex voluntate expressa, vel ex præsumpta manifeste tamen deducta, etiam intra eam summam, siue duorum maioratuum minoris summa coniunctio procedere nullo modo valeat, quod est notandum, quia subtili equidem, & longa consideratione sic scriptum, neque alibi obseruatum, lo mismo dixo Robles *de repræsentat. lib. 2. cap. 6. à num. 7. ad 9.*

39 Con que tambien por este fundamento no pueden concurrir estos mayorazgos en el Duque, y se deue dar a doña Francisca la tenuta del de Moya, que pide.

Refierense las oposiciones que se hazen contra estos fundamentos por parte del Duque, y respondese à ellos.

40 Contra estos fundamentos se opone por parte del Duque, que las palabras desta clausula de que los deduzimos, no estã puestas absolutamente, sino con condicion que no tiene cumplimiento, ni puede verificarse en esta vacante, y que assi no pueden tener lugar los fundamentos de que nos valemos.

41 Y la condicion la prueuan de las palabras: *Y mando, que si acaeciere*, y mas adelante, *que si huuiere dos hijos varones*, por la dicion, *Si*, y estar puesta con verbo de futuro, y que el sentido della es, que para auerse de diuidir los mayorazgos, y passar este al hijo segundo, auian de suceder, y cumplirse dos condiciones. La vna, casarse la muger sucessora con persona que tuuiesse otro mayorazgo. Y la segunda, tener deste matrimonio dos hijos varones, porque solo en este caso dizen, que quiso llamar al hijo segundo.

42 Y que las palabras que se siguen en que se dispone, que este mayorazgo *no venga, ni pueda venir al hijo mayor*, se han de entender tambien auiendo hijo varon segundo, a quien auia llamado, y juzgaua sucessor del.

43 Y que las que luego se continuan: *Pero si acaeciere, que la tal muger solamente tuuiesse vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, y lo tenga, y possea por su vida*, se han de entender, que auiendo vn hijo varon solo, aunque huuiesse otras hijas hembras, auia de tener ambos mayorazgos, porque solo entre dos varones quiso hazer la diuision.

44 Y hallandose embaraçados cõ las palabras vltimas, en que en la segunda diuision, que manda hazer en los hijos del hijo varõ en quien por solo permitio la junta de ambos mayorazgos, porque en el expressamente dize: *Pero despues de sus dias, que lo aya, y herede*

de el segundo hijo varon suyo legitimo, è natural, ò hija, en defecto de hijo varon, è sus descendientes, les procuran responder con medios de muy poca substancia, porque no ay alguno para poder salir dellas.

45 Y por el contrario, doña Francisca Antonia pretende, que las palabras desta clausula no se han de entender limitadamente al caso de auer dos varones, sino que esta demostracion sea solo para preferirlos en caso de auerlos: pero que faltando los varones, y auiendo varon, y hembra, ha de ser lo mismo, y que entre transversales, que es el caso en que estamos, es mas sin duda, que ha de suceder la hembra en el.

46 Quando vna clausula està dudosa en su inteligencia, se interpreta, o por la voluntad, y animo de los fundadores, o por las palabras della, que son los dos medios que el derecho ha introduzido para ello, *l. scire leges, ff. de legib. l. Labeo in fin. ff. de supellectil. legat. l. nominis & rei, §. Verbum, ff. de verbor. significat.* Bald. *in l. vnic. num. 2. C. de contrah. stipulat.* Castill. *lib. 4. cap. 7. num. 15. & tom. 6. c. 169. num. 8.*

47 Destas dos reglas es primero la del animo, y voluntad, *l. peculium, § Si Seius, ff. de pecul. legat. l. si quis ita, §. Hac conditio, ff. de adim. legat.* ibi: *Sed melius est sensum magis, quam verba amplecti, l. quisquis mihi, ff. de verbor. significat. l. si quis filium, C. de liber. praeterit*, illic: *Verborum interpretatio numquam tantum valet, vt melior sensu existat, l. quidam, C. de necessar. seru. & c. l. cum pater 79. §. Agnatione, ff. de legat. 2.* Mantic. *de coniectur. lib. 3. tit. 3. à num. 1.* Y assi discurriremos primero por ella, y por ambas, y por la disposicion de derecho prouaremos, que es mas justa la pretension de doña Francisca.

Discurrese por la voluntad, y animo del Fundador, que se deduze de las clausulas, y prueuase que segun ella es llana la pretension de doña Francisca Antonia.

48 La voluntad se deduze en primero lugar de las palabras, y estas son las que dan el primero motiuo para venir en conocimiento del animo de los Fundadores, *l. Gallus, §. 1. ff. de liber. & posthum.* ibi: *Quae ex verbis concipi potest, l. cum virum, C. de fideicommiss. l. ab omnibus, ff. de legat. 1.* Tiraquel. *in l. si vnquam, verb. Libertis nu. 69.* Aluarad. *de coniectur. lib. 1. cap. 2. num. 11.* Praetis *lib. 2. interpretat. 4. dubitat. 2. solut. 1. fol. 256. & 257. à num. 6.* Peregrin. *art. 11. num. 34.* Menoch. *lib. 1. praesumpt. 26. à num. 1.* Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 4.*

num. 10. ibi: *Quoniam vero ex verbis primum testatoris voluntas colligitur.* Casanat. *cons.* 1. *num.* 82. *& cons.* 17. *num.* 19. Castill. *lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 19. Y assi segun esto es de ver, que dispusieron los fundadores antes, y despues de la clausula.

49 Don Andres de Cabrera fundador deste mayorazgo tuuo seis hijos, los quatro varones; que fueron Don Iuan de Cabrera el mayor, Don Fernando de Cabrera, Don Francisco de Bobadilla Obispo de Salamanca, Don Diego de Cabrera Comendador de la Orden de Calatraua, Doña Maria de Cabrera Condesa de Osorno, que muriò en su vida, dexando por su hijo a Don Pedro Manrique, y Doña Isabel de Cabrera.

50 Llamò en primero lugar a Don Iuan de Cabrera su hijo mayor, y a su hijo mayor varon, y a sus nietos varones; y en falta dellos llama a la hija mayor de Don Iuan, ibi: *Finque el dicho mayorazgo a la hija mayor del dicho Don Iuan en su vida, e despues della a sus hijos, è hijas, è descendientes en la manera susodicha, precediendo siẽpre el varon a la hembra, e el mayor al menor; è si la dicha hija mayor muriere sin hijos, ni hijas, ni nietos, ni viznietos, que lo aya, y herede la hija segunda que el dicho Don Iuan tuuiere, y despues sus hijos, è hijas, &c. clausf. fol.* 1. *col.* 2. *in medio.* Demanera que es vn llamamiento regular, admitiendo a todas las hembras en los casos que el derecho las llama.

51 En segundo lugar llamò a Don Fernando de Cabrera, *è dende en adelante los que del procedieren legitimos, por la orden que dixe de el dicho Don Iuan mi hijo;* y buelue a repetir el mismo llamamiento de Don Fernando, fol. 3. col. 2. in princ. llamandolo a el, y a sus descendientes legitimos, por la orden que a Don Iuan auia llamado, clausf. fol. 2. col. 1. in princip. fol. 3. col. 2. in princip. repite a D. Fernando de Cabrera su hijo, *y a sus hijos, y hijas, y descendientes dellos,* segun, y como auia llamado a los hijos, y hijas del dicho Don Iuan. *Y en falta de todos sus hijos, y hijas, y descendientes dellos.*

52 Llamò a Don Francisco de Bobadilla su hijo, Obispo de Salamanca.

53 Despues del llamò a Don Pedro Manrique hijo de Doña Maria de Cabrera su hija mayor, y despues del *sus hijos, è hijas por la orden, y reglas susodichas, fol.* 3. *colum.* 2. *in fine; & fol.* 4. *colum.* 2. *in princip.*

54 Despues del llamò a D. Isabel de Bobadilla, *y a sus hijos, y hijas,* en la misma forma que a los demas.

55 Y en falta de todos los hijos, y descendientes de los funda-

dores, llama *al pariente suyo mas propinquo que se hallare, prefiriendo el varon a la hembra, y el sexo masculino al femenino*, *fol.* 4. *col.* 2. *in princip.*

56 En este lugar puso todos los grauamenes, y condiciones q̄ auian de guardar los sucessores, y la incompatibilidad que se ha referido, exclusion del mayor, y llamamiento del hijo segundo, *fol.* 5. *col.* 1.

57 Y despues en el fin de la fundacion *fol.* 9. *col.* 1. *in princip.* llama a Don Diego de Cabrera su hijo, Comendador de la Orden de Calatraua, queriendo que suceda despues de Don Francisco de Bobadilla Obispo de Salamanca, y antes que Don Pedro Manrique su nieto, a quien dize que no auia llamado antes, por no poderse casar por ser tal Comendador.

58 Esta es la substancia de las clausulas, y supuesto que ambas partes conuienen en que se han de mirar todas juntas para hazer juizio de la fundacion, como en nuestra primera informacion se dize num. 54. y en la primera contraria num. 42. & 43. se prueba miradas en esta forma, llanamente nuestro intento.

59 Lo primero, porque siendo en todas ellas el maiorazgo regular en todos los llamamientos, como indubitablemente lo es, es preciso que en la clausula de la incompatibilidad tenga la misma inteligencia; y que en falta de ser varon el hijo segundo, suceda la hija.

60 Lo vno, porque segun son los primeros llamamientos se han de entender los demas, *l. denique*, §. *fin. ff. de pecul. legat. l. in ratione*, §. *si filius ff. ad leg. falcid.* ibi: *Ita plures substituti sub ducta persona pupilli reuocandi sunt ad intellectum institutionis, l. seia, ff. de donationib. caus. mort.* ibi: *Propter legem in exordio datam.* Mier. 2. p. *quæst.* 6. *num.* 265. ibi: *Quod voluntas testatoris in substitutionibus est regulanda, sicut fuit voluntas in institutione*, & post alios Castill. *lib.* 2. *cap.* 4. *à num.* 12. *&* *lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 31. *&* *lib.* 6. *cap.* 178. *num.* 1. Giurb. *de success. feud.* §. 2. *glos.* 5. *n.* 86. *&* 88.

61 Y como fue el animo, y voluntad de los fundadores en los primeros, se presume que lo fue en toda la demas disposicion, *l. qui filiabus, ff. de legat.* 1. y con muchos Cafanat. *cons.* 17. *num.* 1. *&* *cons.* 47. *nu.* 42. *&* 43. *&* 44. ibi: *Quod vna substitutio declaratur per aliã, & quod quando dubium est, quomodo testator acceperit verba sua in sequenti substitutione recurritur, ad substitutionem præcedentem, vbi eisdem verbis vsus fuit, vt quomodo ibi accepit idem sequentibus accepisse censeatur.*

Y aun

62 Y aunque la clausula, y llamamientos siguientes se diga q̃ son condicionales (que es lo que se opone a la de la incompatibilidad) porque sin embargo reciben ser, y declaracion de los llamamientos dispositiuos antecedentes, Menoch. *lib. 4. præsump. 76. nu.* 88. Peregrin. *art. 28. num. 22.* Casanat. *cons. 29. num. 59.* y mas latamente *cons. 4. à num. 300. ad 304. & dicetur infrà num. 93.* Luego de la manera que en todos los llamamientos està llamada la hembra en el lugar que de derecho le toca, que es despues del varon de la misma linea, y grado, de essa misma manera se ha de entender q̃ lo està en la clausula de la incompatibilidad.

63 El segundo fundamento es, que la clausula de la incompatibilidad se puso despues de auer hecho todos los llamamientos, y substituciones de los hijos, y descendientes, y del pariente mas cercano varon, ò hembra que huuiesse, y como quando el llamamiento, ò grauamen se haze, ò pone en esta forma, comprehẽde, y afecta todos los grados de substituciones, y es visto ponerse a ellos, *l. 3. §. filius inter medias, ff. de liberis, & posthum. l. talis scriptura, §. fin. de leg. 1. l. fin. ff. de reb. dub. l. 1. C. de liber. præter.* Peregrin. *art. 16. n. 102.* Casan. *cons. 53. à num. 24.* Fusari *quæst. 449. num. 14.* Fue lo mismo que dezir, que en la incompatibilidad, quitado el excluido que era el hijo mayor, que sucediesse en otro mayorazgo, se entendiessen llamados los demas, como lo estauan en los llamamientos dispositiuos; vt argumento, *l. fin. ff. ad Trebel.* Decius *cons. 15. num. 2. & consil. 186. num. 4.* Curtius Iunior *cons. 57. num. 8. & cons. 22. num. 8.* Cephal. *de cons. 638. num. 1.* Gabriel *cons. 96. num. 13. lib. 1.* Casanat. *cõs. 29. num. 60.* ibi: *Est enim generale substitutionem passiuam ab actiua declarari, vt illi dicantur in substitutione passiua in conditione positi ad exclusionem substituti, qui in substitutione actiua præcedenti fuerunt dispositiuè vocati, & è conuerso.* Porque el grauamen de la incompatibilidad no fue otra cosa que quitar, y apartar de los llamamientos anteriores el sucessor en quien se diesse, ò la causasse, dexando en lo demas las cosas en el estado que tenian.

64 El tercero fundamento es, que demas de los llamamientos particulares, està puesto lo mismo por via de regla; vt in *fol. 1. col. 2. post med.* ibi: *E despues por esta regla, e orden que lo ayan, y hereden todos los descendientes en manera que no torne en ninguno de los transuersales auiendo hijos, ò hijas legitimos del que tuuiere, ò posseiere este dicho mayorazgo, è que esto mismo se guarde, è aya lugar en todos los otros descendientes, è otras personas a quien huuiere de venir el dicho mayorazgo con todo lo sobredicho, que sean varones, que sean hembras.* Y otra se me-

mejante pone *folio 4. columna 1. in fine*. Y es visto auerse puesto por via de regla, por la generalidad de sus palabras, y comprehen-de todos los grados de la disposicion. Dom. Molin. *lib.3. cap.5. nu. 62.* Castill. *lib.2. cap.4. num.72.* Luego siguese, que en el llamamiẽto, y clausula de la incompatibilidad ha de proceder lo mismo, y que ha de tener la hembra el lugar, y grado, que aqui por via de regla està dado a toda la disposicion.

65 El quarto, porque en los llamamientos dispositiuos en q̃ fue discurriendo, considerando este mayorazgo regular, ay clausulas expressas, en que especialmente se prefiere la hembra a los hijos varones que estuuieren en grado mas remoto, como se prueba *fol.2. col. 1. in medio*, ibi: *Por manera, que los mayores precedan a los menores, è los varones a las hembras, y el hijo, nieto, ò viznieto del que huuiere este dicho mi mayorazgo, que preceda, è sea preferido al tio, ò tios varones, ò hembras, hermanos, ò hermanas de su padre falleciendo, è aya el tal nieto, ò nieta en defecto de varon el dicho mayorazgo, è no hijo segundo, ni tercero, ni otro alguno, como dicho es.* Y entre hermanos pone lo mismo vn poco mas adelante, donde dize: que muriẽdo sin hijos el posseedor, que el dicho mayorazgo lo aya, y herede su hermano mayor legitimo, y no auiendo hermano mayor varon, que lo aya, y herede su hermana. Y en otra clausula, *dict. fol. 2. B. in medio*, dize: *Pero si la tal muger tuuiere el dicho mayorazgo, en algunos casos, segun, è como de yuso se contiene muriere sin hijos varones, que aya su hija mayor el dicho mayorazgo, antes que el nieto varon de su segunda, ò tercera hija.*

66 Luego en lo incompatible es preciso entender que obseruò lo mismo, porque aunque fuesse en quanto a ella disposicion cõtraria a lo regular, contrariorum non debet esse dispar, sed eadem ratio, *l. in fundo 38. ff. de rei vindicat. l. siquis 32. ff. de negot. gest. l. & si. 35. ff. de vulgar. l. tria pradia. ff. de seruit. rusticor.* Roland. *cons.60. à num.6. & 7. lib.1.* Dom. Valenç. *cons. 100. num.28. tom.1.* Fusar. *quæst. 205. num. 9.* Y porque solo lo fue en excluir al hijo mayor que tuuiesse la incompatibilidad, y llamar al segundo. et videndum in f. n. 105.

67 El quinto, se saca de las otras exclusiones que hizo el Fundador en el mismo mayorazgo, porque en primero lugar excluyò al hijo ilegitimo, y al legitimado, y en tal caso llama *a la persona a quien auia de venir, si el tal legitimado no fuesse nacido, fol.4. col. 2. cerca de l. fin.* En segundo lugar excluye al legitimado por subsiguiente matrimonio, y haze el mismo llamamiento de a quien vendria, sino fuesse nacido, *fol.5. col. 1. in princip.* Luego entra la clausula de

in-

incompatibilidad, despues prosigue, y excluye al beuo, furioso, loco, ò mentecato, y llama a *la persona que vendria, si el tal no fuera biuo, fol. 5. col. 2. post medium*. Luego excluye al monstruoso: y en este caso, dize, que venga el mayorazgo *al varon, ò muger siguiente en grado, fol. 6. col. 1. in med.* Despues excluye al que cometiere delito por donde mereciere perderlo, y llama *a la persona a que iua, y passaria si el tal delinquente fuesse muerto, fol. 7. col. 1. in princip.* Finalmente excluye a los Clerigos, Religiosos, Monjas, ò Beatas que no puedā casarse, y dize: *Que passe el mayorazgo en aquel en quien passara si el Clerigo, Religioso, Monja, ò Beata no fuesse viuo a la sazon que se le defiriò.*

68 Pues si en tantos casos de exclusion como se han visto, que cojen en medio la clausula de la incompatibilidad, en defecto del excluido, el llamamiento que se haze es regular, y que comprehenda al varon, ò hembra siguiente en grado, que segun la sucession regular deue suceder: como, ò a q̄ efecto en la exclusion del incompatible que està en medio dellos, se auia de querer excluir la hembra, y llamar a los varones solamente? disponiendo el derecho, que si esta clausula tuuiesse duda, se auia de entender segun las antecedētes, y subsiguientes de quien participa, *l. 3. §. filius inter medias, ff. de liber. & posth. l. si seruus plurium, §. fin. ff. de legat. 1.* gloss. *in l. ex his, verb. Vnde, ff. de donat. inter.* Deci. *cons. 15. n. 3.* Cephal. *cōs. 664. n. 42 & 43. lib. 5.* Crotus *cons. 123. n. 2.* que dixo: *Quod ex praecedentibus, & subsequentibus colligi, ut mens disponentis circa media*, Raude nf. *de analogis in apendic. 1. part. n. 92.* Menoch. *cons. 200. n. 11. & per tot.* Cassanat. *cons. 33. à num. 90. ad 93.* donde en diferentes casos prueua lo mismo, de que con las calidades, y segun, y como se auian hecho los llamamientos antecedentes, y subsiguientes, se ha de entēder el llamamiento que se puso en medio.

69 El sexto fundamento, y muy preciso, y concluyente es, porque ay la misma razon en la incompatibilidad para admitir a la hēbra en el caso en que de derecho deue suceder, que para auerla admitido, y dado el mismo lugar en los llamamientos dispositiuos, y no puede considerarse, ni darse razon humana concluyente, ni aparente, para que en el llamamiento de todos seis hijos que tuuo el Fundador, y en todos los descendientes dellos diesse siempre a la hembra el llamamiento que deuio tener, y en el del pariente mas cercano lo mismo, y que aun no contentandose con esto, expressamente la prefiriò a los varones no estando en su misma linea, y grado, como consta de las clausulas referidas num. 64. Y que en caso

de auer incompatibilidad, auia de querer llamar varones solos, y excluir las hembras.

70 Porque aunque en la primera informacion contraria se pretendieron dar dos razones: la vna en el *numer.* 36. de dezir, que pudo ser, porque la hembra auia de passar en la familia del marido con quien se casasse, y por esso no quiso llamar a su hija, sino a su hijo varon, que aunque fuesse descendiente de hembra, conseruaria mejor su memoria: y la segunda en el *numer.* 59. y 60. de que ay diferencia entre la hembra que viene, per sexum virilem, ò la que viene per fœmineum sexum: y que ay tambien diferencia para la sucesion entre la hija del hijo, y las demas hembras.

71 Todo esto no es razon que concluye, ni tiene fuerça alguna; porque en quanto al del *num* 36. no venia a importar nada que la hija de la hembra que auia sucedido, y casado con varon que tenia otro mayorazgo, se casasse en familia estraña, quando la madre auia hecho lo mismo, y todo quanto se le puede dezir a la hija, tenia lugar en su madre, y no solo esto, sino que podian auer sucedido antes muchas hembras, pues tenian llamamiento en todos los grados, y sin causar incompatibilidad alguna, por auer casado con hombre que no tuuiesse otro mayorazgo: luego es cosa vana dezir que por conseruar su familia en varon, podia en la clausula de la incopatibilidad hazer aquel llamamiento. Y porque si en los llamamientos dispositiuos tan dilatados como hizo de sus hijos, y descendientes, y aun hasta del pariente mas cercano, no tuuo, ni quiso tener esta consideracion, sino q̃ permitio que su casa quedasse en hebra todas las vezes que se ofreciesse, aũque se le ofreceria, que auia de passar a familia estraña, como puede tener lugar lo que la otra parte pretende? Y porque teniendo quatro hijos varones à quien quiso, y amò mas, y en quien pudo conseruar su agnacion, y varonia, y pudiendo tener de los dos muchos nietos, y descendientes varones, no hizo caso dello, ni lo estimò, sino que qualquiera hebra hija, ò descendiente del hijo mayor, y muchas si las huuiesse, auian de preferir a todos los otros hijos, y nietos varones. Y lo que mas es, que bastando para esto los llamamientos que auia hecho, no contentandose con ellos, lo dispuso assi expressa, e indiuidualmente en las clausulas referidas *num.* 64. Luego es sin fundamento querer dar razon quando està tan en contrario la disposicion, y que es preciso conuença quantas se pensaren.

72 No auiendo diferente razon de necessidad, se ha de entender

de eſta diſpoſicion vniformemente en todos los caſos que contie-ne, *l. quamuis, & l. hereditatem, C. de impuber. l. iam hoc iure, & l. Lucius, ff. de vulgar.* latiſsimamente Caſtill. *lib. 5. cap. 95. num. 14. & ſequent.* Y porque no ſolo ay la miſma razon, ſino mucho mayor en las clauſulas diſpoſitiuas, para auer llamado los hijos, y deſcendiẽtes varones para conſeruar la memoria en ellos con excluſiō de las hembras, ſi eſto huuiera ſido la voluntad, y animo del Fundador, q̃ no en la clauſula de la incompatibilidad, por ſer en lo diſpoſitiuo los varones hijos, y nietos conocidos mas proximos mas amados, y eſtarle mejor al Fundador, que no perder en lo diſpoſitiuo ſu varonia, y quererla introduzir deſpues en el caſo de la incompatibilidad, quando podian auer ſucedido en el mayorazgo muchas hembras: y porque no ſe puede preſumir, ni imaginar que auia de querer en lo diſpoſitiuo excluir a ſus hijos varones, y a ſus nietos varones, y a los demas deſcēdiētes dellos varones, y a los varones de hēbras, por qualquiera hēbra, hija, nieta, ò viſnieta del hijo mayor, y preferirles quantas hēbras huuieſſe en mejor linea, y que en lo incompatible auia de querer excluir las hembras por varones cognatos a quien no podia tener afecto alguno por ſus perſonas, porque no los conocia, y por ſu ſexo, porque en todos los grados, y llamamientos lo auia deſeſtimado, no ſolo en lo imperfecto de ſu cognacion, ſino en lo perfecto de agnatos verdaderos que tuuo, a quien poder mirar.

73 El ſeptimo, y vltimo fundamento es, que en la miſma clauſula de la incompatibilidad ay teſtimonio irrefragable deſta verdad, porque en la ſegunda diuiſion que ſupone que ſe ha de hazer quando en ambos mayorazgos ſucedio vn hijo por ſer ſolo, llama para ella al hijo, ò hija ſegunda que tuuieren, ibi: *Pero ſi acaeſciere que la tal muger ſolamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, e lo tenga, y poſſea en ſu vida, pero deſpues de ſus dias, que lo aya, y herede el ſegundo hijo varon ſuyo legitimo natural, ò hija en defecto de hijo varon, e ſus deſcendientes legitimos, y naturales, ſegun la orden, y regla de ſuſo contenida en eſte dicho mi mayorazgo.* Pues ſi en la miſma clauſula vniforme debaxo de vn contexto de palabras, y para vn fin eſpecial, que es euitar la incompatibilidad en la diuiſion ſegunda, expreſſamente llama a la hembra en defecto de hijo ſegundo varon, como ſe podrà dezir, que en la primera diuiſion, no ſe ha de admitir? contra la *l. denique, §. fin. ff. de penul. legat.* ibi: *Si tamen, & in alterius perſona hoc eum ſenſiſſe appareat idem*

di-

*dicas,l.ædiles,§.loquuntur,ff. de ædilit.ædict.*ibi: *Quidquid enim illic diximus,huic erit transferendum.*

Y porque no puede darse razon ninguna,porque en esta segunda diuision suceda la hembra,y en la primera se excluya,y por lo q queda dicho supra num.71. & 72.

74 Sienten los contrarios la fuerça deste fundamento,y para excluirle pretenden fundar tres cosas. La primera, que estas palabras de la segunda diuision, se han de reduzir al significado de las de la primera,porque sino fuera corregirle incontinenti, y fuera absurdo. La segunda,que el llamamiento de la primera diuision totalmente es de hijos varones,y no solo de los dos hijos varones inmediatos,sino de todos los varones, de manera que auiendo alguno no puede sucedep la hembra. Y la tercera,que esto mismo està dispuesto en las clausulas dispositiuas en dos, que para esto ponderan; la vna en el *num*.81.de su primera informacion,en que se dize: *Que en qualquier caso que ocurriesse, ò pudiesse ocurrir en la sucesion de este mayorazgo, siempre el varon se prefiriesse a la hembra.* Y la otra pondera en el *numer*.84. que es la misma que queda puesta por nuestra parte, *supra num*.64.y està *fol.2.col.1.in med.*y que teniendo esta segunda diuision palabras relatiuas a la disposicion,se ha de entēder que el llamamiento de la hembra ha de ser faltando todos los varones.

75 Pero estas tres oposiciones son de muy poca consideraciō, y se excluyen. La primera,que el llamamiento de la hembra en la segunda diuision en caso de no auer hijo segundo varon,està claro, y por palabras expressas,como dellas consta, y de necessidad se ha de estar a ellas sin poder reduzirlo a question, *l. iam hoc iure, ff. de vulgat. l. ille aut ille,§.cum in verbis, ff. de legat.*3. latè Mantica *de coniect. lib.*3.*tit*.4.*à nu*.4. y mas sin duda concurriendo,como concurre con ellas la voluntad del Fundador, Mantica vbi supra. Y en la diuision del primero,ni estàn llamados todos los varones, como la otra parte pretende, ni està excluida hembra alguna,porque por argumento,ò induccion se pretende sacar lo vno,y lo otro,y consiguientemente son mas fuertes las palabras claras,y por ellas ha de estar,y està la regla,y no se han de reduzir a las de la diuision primera, Menoch.*cons*.360.*num*.60.*lib*.4. Surd.*cons*.426.*num*.42. *lib*.3. Castill.*lib*.5.*cap*.97.*num*.25. Y por la misma razon dixo en el *cap*.92.*nu*.32. que se auia de preferir el que se fundasse en ellas, el à que se fundaua en las que tenian alguna duda, ibi: *Quod quando ad sucessionem concurrunt duo, quorum vnus habet propiam verbi significa*

tio-

tionem, & alter licet sub eo nomine venire, comprehendique posset, hoc tamen fit per extensionem, interpretationem, aut coniecturam, tunc proculdubio dum extant illi, quibus verbi proprietas congruit, hi præferendi sunt, & hi qui veniunt per extensionem, vel interpretationem, vel coniecturam, tantum videntur vocati deficientibus primis non vero illis extantibus, y porque fuera violar las palabras claras de la segunda, que no se permite, Castill. *d.cap.97.num.25.* ibi: *Vel quando si fieret violarentur verba*, y porque se opusiera esto a la voluntad, y animo del Fundador, que es en conformidad destas palabras, con que nūca se puede apartar dellas, Menoch *de adipiscend.remed.1, num.78. & cons.376.num.80.lib.4.* Castill *lib.5.c.97.n.10.& 33.*

76 Al segundo medio, como consiste en la interpretacion de las palabras, se le responderà en su lugar, *infra num. 92.* donde se harà demostracion, que ni comprehende todos los varones, ni excluye hembra alguna, ni tiene nada de irregular.

77 El tercero medio obsta menos, porque querer hazer este mayorazgo irregular, y que tengan prelacion todos los varones siempre, y en todos los casos a las hembras, es cosa totalmente sin fundamento, y que se opone a quantos llamamientos, palabras, y clausulas tiene la disposicion, que substancialmente quedan repetidas *à num.50. ad 58.* y leidas mas menudamente se hallarà aun mayor comprobacion de lo que alli se dize.

78 Y las clausulas que en contrario se ponderan no obstan, que la primera està *fol.2.col.1.in med.* y se refiere en la informacion contraria *num.84.* y en esta nuestra queda ponderada *sup.num.65. in princip.* porque hazemos principal fundamento en ella, y està puesta en el llamamiento de don Fernando de Cabrera, hijo segundo del Fundador.

79 Porque el llamamiento de don Iuan de Cabrera fue totalmente regular en lo dispositiuo, y condicional del, y estan llamadas todas las hembras de su descendencia muchas vezes, y no solo esto, sino puesto por regla, que en toda la sucession auian de suceder en todos los casos q̃ se ofreciessen, que la clausula queda puesta a la letra, *num.64.*

80 Sucede a esto el llamamiento de don Fernando de Cabrera, que es tres vezes regular como del consta, que queda referido *num.51.* Lo vno por las palabras, *Los que del procedieren*, que son regulares, y comprehenden toda la descendencia de varones, y hembras. La segunda por las palabras relatiuas que tiene al llamamiento de don Iuan su hijo, que se entiende con todas las calidades que

tiene, *l. asse tot. ff. de hared. instit. L. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat.* Cassan. *cons. 53. num. 22.* Y la tercera, porque la segũda vez que boluio a darle llamamiento, expressamente llamò *à sus hijos, y hijas, y descendientes dellos.*

81 Luego no es possible, que las palabras de que la parte del Duque se vale, que estan puestas en este mismo llamamiento, sean irregulares, y de admision perpetua de los varones, y exclusion de las hembras. Lo vno, porque fuera corregirse incontinenti, que ni se presume, ni tolera. Lo otro, porque no tienen en si esta fuerça, ni significado, porque las que se ponderan son: *De manera, que los mayores precedan a los menores, y los varones a las hembras,* y otras mas abaxo, *y aya el tal nieto, ò nieta en defecto de varon el dicho mayorazgo,* que son ordinarias, y no tienen misterio alguno, ni admiten la interpretacion que en contrario se les quiere dar, ni aun se percibe que sea. Lo otro, porque quando tuuieran alguna duda se la quitò el Fundador, pues despues della boluio a dar, y repetir el llamamiento de don Fernando, llamando en aquel vltimo lugar expressamente a sus hijos, y hijas, y a sus descendientes, que es a lo que se deue estar.

82 Como ni tampoco le fauorece la clausula que queda puesta *supra num. 72.* por la qual pretende prouar, que siempre en todos los casos el varon ha de preferir a la hembra, porque referida la clausula enteramente, que comiença, *fol. 2. colum. 2. in fin.* dize assi: *Però entiendase, que estante los nietos, no venga à los biznietos, e estante los biznietos, no venga a los transbiznietos, mas que precedan todos los mas propinquos, y cercanos, a los mas remotos en grado, y el mayor de dias, al menor de dias, si fuere de igual grado. E si fueren dos personas de vn vientre, que preceda el varon a la hembra, assi en este caso, como en todos los otros que ocurran, ò puedan ocurrir en la sucession deste dicho mayorazgo.* En que se verà, que son las palabras diferentes de las que alli se proponen, y que hazen muy diferẽte sentido, y que no tiene la palabra *Siempre,* ni dize lo que alli se refiere, y si dixeren, que es otra clausula que està *fol. 2. colum. 1. in fin. & 2. in princip.* dize assi: *Por manera, que quiero, y es mi voluntad, que siempre preceda el primero grado, al segundo, è del segundo al tercero, è del tercero al quarto, e assi de grado en grado sean los otros que vinieren despues, e que preceda el mayor en dias al menor si fuere de igual grado, e que siempre se anteponga, è preceda el varon a la hembra, y la linea masculina a la femenina,* y tampoco esta no viene con ella, porque aunque tiene la palabra, *Siempre,* no dize: *Que en qualquiera*

caso, que ocurriesse, ò pudiesse ocurrir en la sucessiō deste mayorazgo. Y no es licito auer juntado algunas palabras de ambas clausulas, trūcando otras, porque como estàn hazen sentido mas llano, y corriēte en fauor de lo regular.

83 Y ni como estàn, ni como la otra parte las pone prueba sū intento, porque las hembras no estàn, ni quedan excluidas por auerse llamado a los varones, como se probarà infr. *num.* 88. y lo q̄ mas es, aunque expressamente las excluyan no se entiende, sino es respeto de los varones de la misma linea, y grado, sino es que el fundador formalmente lo especifique, como se dirà *num.* 91. de que resulta no auer causa en las clausulas para lo que el Duque pretende, y ser justificada la pretension de Doña Francisca.

84 Ni la palabra *siempre*, que por si pondera, prueba su intento, porque tambien restringe su significado segun la naturaleza del acto, y sugeta materia a que se pone, Rot. apud Farinat. *decis.* 268. *num.* 14. *part.* 1. *recent.* Escob. *de ratiocini. cap.* 4. *nu.* 18. Surd. *cons.* 298. *num.* 21. Barbos. *dict.* 331. *num.* 11. Gutier. *de iuram. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 9. & 10. y a los casos, condiciones, y llamamientos q̄ auian precedido, *l. pater filium.* §. *fundum de legat.* 3. donde aunque se dixo, *quod bona mea semper in familia conseruentur*, se restringieron a los casos, y condiciones que se auian expressado en la lei, y assi lo resueluen Alexand. *cons.* 136. *nu.* 6. Iason *cons.* 128. *n.* 1. *lib.* 2. & *cons.* 66. *lib.* 3. Cephal. *cons.* 17. Raudens. *de analog. cap.* 15. *num.* 315. y porque como dixo Iason *in l.* 1. *num.* 35. *ff. solut. matrim.* la diccion *semper*, refertur ad omne tempus, sed non ad omnes casus. Por lo qual aqui se ha de entender siempre que concurriessen el varon, y la hembra en los casos, en que al varon se le auia dado prelacion, que era estando en la misma linea, y grado, y segun la sugeta materia que era de mayorazgo regular, y no en mas.

85 Con que sin embargo de todas las oposiciones que se hazen, viene a quedar el mayorazgo regular en todos los llamamientos, y clausulas, segun la voluntad del fundador, ajustada a las palabras dellas.

Discurrese por la significacion de las palabras de la clausula de la incompatibilidad, y pruebase, que tampoco segun ellas estan admitidos los hijos varones del posseedor con exclusion de las hembras, y que mucho menos puede esto tener lugar entre los transuersales.

86 Auiendo sido la volūtad, y animo del fundador hazer mayo-

yorazgo regular,y que la hembra suceda en todos los casos que segun derecho le toca, como en el discurso antecedente se ha fundado.

87 Las palabras desta clausula de la incompatibilidad hã de seruir a esta voluntad; demanera,que como puedan venir cõ ella, aunq̃ sea impropiandose,se ha de hazer,y impropiarse para admitirlas,y segun la voluntad,como dueño que es de la disposicion, *l. non aliter in princip. ff. de leg. 3. l. quoniam indignum, C. de inoff. testam. l. non puto, §. 1.* & ibi glos. *ff. famil. erciscund. Zasi in l. Centurio. nu. 39. ff. de vulg.* q̃ singularmente dixo; *Quod voluntas testatoris debet defendi, etiamsi verba impropriè sint vsurpanda, quia sicuti Rex in Regno ita voluntas testatoris in testamento dominatur.* Latè Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 3. num. 9. cum seqq. & tit. 5. num. 4. 6. & 8.* Casanat. *cons. 1. num. 28.* ibi: *Quia quando aliqui menti potius omissis verbis stent, aliqui a verbis recedere propter mentem nõ audeant, tamẽ hæc cantinela ita conciliatur, vt mens prædominetur quando verba non deficiunt, sed casum qui contigit saltem impropiè comprehendunt.* Con q̃ indubitablemente viene la hembra en ella, pues impropiãdose las palabras no se puede dudar que se comprehenda en ella.

88 Quando aun sin impropiarse no lo es,sino que en el significado mas riguroso que tienen,aunque no huuiera discurso alguno de voluntad contraria,viniera tambien; para lo qual se ha de discurrir por ella.

89 Suponiendo primero las dos reglas que de derecho estàn introducidas en este caso.

90 La primera es,que aunque en los mayorazgos se llame a los varones,y se les de prelacion a las hembras por expressa, y continuada que sea,se entiende de los varones, solo que fueren de la misma linea,y grado,y no de los otros; vt in *l. 2. tit. 18. part. 3.* donde aunque se hizieron los llamamientos de todos los hijos varones en primero lugar,y en falta dellos fue quando se llegò a dar el llamamiento a la hija,no se alterò la sucessiõ regular, y se preferirà la hembra a todos los varones que no fueren de su linea, y grado. Y en el *cap. 1. de duob. fratrib.* donde aunque las palabras de la inuestidura fueron, *& masculis deficientibus fœminæ si super essent feudum haberent*, se determinò, que muriendo el feudatario sin dexar hijo varõ,sino hija, y hermano, se prefiriesse la hija, y assi lo resuelue Sfortia Odd. *cons. 65. num. 62.* Menoch. *cons. 904. num. 27. & cons. 906. num. 21.* D. Valenç. *cons. 97. num. 54. 68. 104. & 108.*

91 Y lo que mas es, que aunque juntamente con el llamamiẽ-

to de los varones huuiesse exclusion de hembras; esta se auia de entender respeto de los varones de la misma linea, y grado, y no de los mas remotos, sino es que esto expressamente se dixesse, que fue resolucion constante del señor Molina *lib. 3. cap. 5. nu. 31. ibi: Quod quoties maioratus institutor generice, & absolute feminas propter masculos a maioratus successione exclusit, nec se illas propter masculos remotiores excludere velle; adiecit ea exclusio propter masculos eiusdē lineæ, ac gradus non autem propter remotiores intelligenda est: Ita, vt masculo eiusdem gradus, & lineæ deficiente, femina in eius defectum ad huiusmodi maioratus successionem admittenda sit; ac si nihil peculiare circa hoc à maioratus institutore dispositum fuisset.* Cacheran *decis. 23. nu. 35.* Gut. *cons. 13. num. 9. & 19. cum seqq.* Surd. *cons. 316. à n. 11. ibi. Addo ego quod & si in aliqua dispositione famina excludantur propter masculos tamen idest semper intelligendum de masculis in æquali gradu constitutis, non tamen de remotioribus, & cons. 317. num. 38. lib. 3.* Menoch. *cons. 518. num. 4. & 5. lib. 4.* egregie Gamm. *decis. 354. n. 6.*

92 Esto supuesto se entrarà glosādo la clausula, en la qual propone el fundador en el principio el caso, de que este mayorazgo se puede juntar con otro, por venir en muger, que case con quien le tenga, y quiere que por su vida los posséan ambos; y despues de los dias de la muger, *quiere, y māda, que si huuiere dos hijos varones, que este dicho mayorazgo venga al hijo segundo legitimo natural, y a sus descendientes, por la orden, e regla que susodicha es en este mi mayorazgo,* en que dizen que ay dos condiciones. La primera, si acaesciere que este dicho mayorazgo, &c. que no nos importa cosa alguna, supuesto que se ha verificado dos vezes la junta, por el mismo medio de casarse muger con quien tenga otro mayorazgo, como fue la Marquesa Doña Luisa de Cabrera, y aora la Marquesa Doña Luisa Bernarda de Cabrera, que causò la segunda vez la incompatibilidad; y asi aunque los Abogados del Duque en su primera informacion num. quieren hazer diferencia, de que no fuera lo mismo si sucediera la incompatibilidad, por casarse varon que posseyera este mayorazgo cō muger que tuuiera otro, no es menester aqui esta disputa, pues ha sucedido el caso casando muger posseedora, y como està en la clausula, y en el varon posseedor se justificarà lo mismo en fuerça de la razon, y causa final, y por otros medios.

93 Prosigue diziendo, que ay segunda condicion en ella, illica *Que si huuiere dos hijos varones,* porque la diccion *Si,* con verbo de futuro la induce, y que para que tenga lugar la disposicion se ha de cumplir en forma especifica, limitandose al caso de auer dos hijos

varones solamente, sin que se puedan estender a otro, aunque fuessen de varon, y hembra, ò de dos hembras.

94 Pero esta oposicion, que es la principal que el pleyto tiene, se excluye en nuestra segunda informacion *nu*.92. con dos respuestas, la vna que no induxo condicion, sino proposicion de lo que se auia de determinar: y la segunda, que para que hiziesse condiciõ, auia de resultar della argumento a contrario sensu, y que el que de aqui se pudiera sacar fuera absurdo, que era que en caso de auer dos hijas, ò hijo, y hija no se hiziera la diuision: y añadimos.

95 A la primera, la *l. pater filium* 36. §. *fundum de legat*. 3. *l. Iulianus*, §. *ex his*, *ff. eodem*, por los quales dixo Casanate *cons*. 50. *num*. 10. *Quod illa verba non fuerunt prolata per modum regulæ, seu rationis generalis, sed fuerunt verba enuntiatiua eiusdem futuri euētus, quem testator sperebat venire propter suam dispositionem, quo in casu talia verba nullo modo dispositionem inducunt.*

96 Lo segundo se responde, que la diccion, si, aunque estè jūta a tiempo de futuro, no induze condicion quando de induzirla repugnara a la misma disposicion, Bald. *cons*. 67. *in princ. lib*. 1. Thusc. *lit. C. conclus*. 583. *num*. 4. 7. & 8. Barbos. *dict*. 364. *num*. 2. y fuera notoriamēte contra ella dar llamamiento a los varones de diferentes lineas, y excluir a las hembras dellas.

97 Lo tercero, porque aunque obrara condicion este llamamiento, la condicion por si no dispone nada, *l. si quis sub conditione, ff. si quis omiss. caus. testam*. Alex. *cons*. 27. *num*. 7. *volum*. 3. Mantic. *de coniectur. lib*. 5. *tit*. 2. *num*. 3. Surd. *de aliment. tit*. 2. *quæst*. 14. *numer*. 2. & 5. Y asi no se puede sacar destas palabras de la clausula que queden llamados los varones solos para hazer la diuision; aunque se pusiessen en condicion, y se les añadiesse la calidad de varones, Petra *de fideicommis. quæst*. 9 *num*. 171. Alciat. *cons*. 114. *num*. 10. Casanat. *cons*. 4. *num*. 233. ibi. *Quinto respondeo, qualitatem masculinitatis non opperari vocationem filiorum positorum in conditione*, y lo repite en el *num*. 264. *vers*. 6. & *n*. 294.

98 Lo quarto, porque quando induxeran disposicion, y dieran llamamiento, auia de ser solo en conformidad de los llamamientos dispositiuos antecedentes, y en los casos que estauan llamados en ellos, y no en mas, como singularmente refiriendo grande numero de Doctores comprueua Casanate *cons*. 4. *a num*. 300. *ad* 304. q̃ dexando las autoridades q̃ cita, dize asi: *Quod quamuis prædicta verba cōdicionalia possent disponere, & vocationē inducere, nouā tamen dispositionē non inducūt, sed eandē in superioribus, expressā repetere censentur:*

in casu scilicet, quo euenerit conditionalis substitutis Ludouici praecedens non alias. Ita enim institutis duobus fratribus, & si decesserint, sine filijs substituto Sempronio, filij in conditione positi, et iamsi vocati sint intelliguntur tantum vocati respectu parentis, non patrui cuius respectu conditio nihil operatur, nec apposita censetur, quamuis simpliciter in conditione ponantur, nisi aliud ex dispositis clare appareat; nam tacita vocatio, quae infertur expositione in conditione sequenti, restringitur semper ad limites, & conditiones spetialis vocationis praecedentis. Nam quando filij prius sunt vocati, & postea simpliciter grauantur, solum censentur grauati in casu in quo vocantur. Et ideò praedicta verba conditionalia ad tempus mortis referri debent, ponderando, verba restrictiua, en el dicho caso, en el dicho tiempo, & ponderando etiam dictionem relatiuam suso nombrados, quae efficit vt referantur ad tempus substitutionis, ad quam fit relatio, & ad casum ibidem expressum, que tambien en esta vltima calidad es ajustado el lugar, porque tiene esta clausula la misma repeticion, ibi: *Por la orden, e regla que susodicha es en este mi mayorazgo:* Y supuesto que en lo dispositiuo solo se prefirieron los varones, estando en la misma linea, y grado; desta manera se ha de entender que se pusieron en esta condicion.

99 Lo quinto, porque el argumento que della se quiere sacar à cõtrario sensu, de que por auer dicho *si huuiesse dos hijos varones*, que auiendo hembras, ò hijo varon, y hembras no sucederàn, no procede, porque en las condiciones no se puede sacar argumento a casu contrario, porque fuera dar dos especialidades, vna; que la condicion dispusiera in sensu directo, en que se propone. Y otra en el caso contrario que della se pretende induzir que no se permiten; como resueluen Iason *in l.* 1. *ff. de offic. eius*, vbi Deci. *num.* 66. Alciat. *cons.* 69. *num.* 2. Diaz *reg.* 702. Camil. *de verbor. signific. lib* 8. *cap.* 18. *num.* 15. Euerard. *loco* 13. *num.* 12. Roland. *cons.* 61. *num.* 17. *lib.* 3. & post alios Casanat. *cons.* 4. *num.* 29. ibi: *Nisi inducamus duo specialia contra chartam*, + *alterum argumentum a contrario sensu locum esse.* + unum conditionem disponere,

100 Y caso que de los actos condicionales se pueda sacar argumento à contrario sensu, no es, ni puede sacarse, quando es contra las palabras de la disposicion, o contra la voluntad, y animo del Fũdador, ò quando obrara contrario fin del que propuso, ò quando corrigiera, ò derogara la misma disposiciõ, y se siguiera cõtradiccion con ella, ò quando ay igual, ò mayor raçon in sensu contrario conditionis, quam in sensu directo eiusdẽ, que todas estas limitaciones comprueuan Surd *decis.* 185. *à num.* 24. Tusch. *lit. A. conclus.* 498. *à num.* 82. Mantic. *lib.* 3. *tit.* 17. *num.* 14 Cess. Barc. *decis. Bonon.* 93. *nu.*

16.latiſsimamente Caſtill.*lib.5.cap.88.nu.29.ad* 38.y todas ſe aplican al caſo deſte pleito, porque ſi tuuieran el ſentido que en contrario ſe les quiere dar, y eſta prelaçion abſoluta a todos los varones, ſin admitir las hembras a la ſuceſsion del caſo incompatible, ſe corrigieran las palabras de todas las clauſulas de la diſpoſicion, y ſe viniera expreſſamente contra la voluntad del Fundador, ſe induxera fin contrario al que tuuo, y ſe excluyera ſu razon, pues auiendo ſido eſta de conſeruar eſte mayorazgo ſolo, y apartado de otro, en las perſonas que auia llamado, que eran varones, y hembras, aqui quedaran excluidas.

101 Lo ſexto, (y ſeruirà de reſpueſta a la doctrina de Bart. *in l.cum auus* 101.*num.4.ff.de cond.& demonſtrat.* comunmente ſeguido, vt per Molin.*lib.3.cap.5.num.*30.que quando los hijos varones ſe ponē en cōdicion ſe excluie la hēbra q̄ celebrā los Abogados del Duque en ſu informacion *n.*49.) ſe reſponde, q̄ no puede proceder en eſta fundacion, porq̄ quando en los llamamientos diſpoſitiuos q̄ precedieron ſe cōprehendiò la hembra, entonces la condicion, *ſi ſine filijs maſculis*, ſe ha de entender, y ſuplir, *& fœminis*, para que no ſe diga que el Fundador ſe corrige incontinenti, y que excluye a la que antes auia admitido, como en terminos prueua Geronimo Albano, *conſ.*13.*dub.*2.verſ. *Et ideò*, ibi: *Et ideò cum ex proprietate verborum ſint vocati deſcendentes, in quibus etiam fœminæ continentur clarum eſt ab iſtis verbis diſpoſitiuis non eſſe recedendum, niſi aliter appareat de contraria voluntate, quæ quidem, neque expreſſe, neque tacite colligitur, ex verbis conditionalibus, quorum natura eſt, vt nihil ponant in eſſe*, lo miſmo reſuelue Beroio *conſ.77.num.*15.*ad fin. & num.* 16. *&* 17.*&* 18.*vol.*2.*& conſ.*214.*num.*18.*&* 19.*& conſ.* 115.*num.* 14. *& conſ.*118.*num.*3.*&* 4.*&* 19.*lib.*2. Curt. Iun.*conſ.*49.*nu.*701. verſ. *Præmiſsis, lib.*1. Honded.*conſ.*4.*num.*20. Burſat.*conſ.*228.*numer.*26. *lib.*3. Alciat.*conſ.*127.*num.*10.*lib.*9. Seſſ.*deciſ.*412.*num.*13.*&* 14.*&* 20.4.*part.* Rota per Farinac.*deciſ.*316.*num.*2.*&* 3.*part.* 1. *in recentur*. Donde en mas apretado caſo prueua que la hembra ſucederà en el lugar que auia tenido en el llamamiento diſpoſitiuo, aunque los hijos ſe pongan en condicion con la calidad maſculina, y el miſmo ſentir tiene Caſtill.*tom.6.cap.*138.*num.*18.*col.*3.verſic. *Pro hac autem reſoluit*, ponderando ſingularmente para ello la *l.*2.*tit.*15.*part.*2.

102 Lo ſeptimo, porque quando la condicion mira a vn fin particular, baſta que ſe conſiga aunque falte la condicion, *l.mulier* 41.*ff.ad Trebel.* Decius *conſil.*1.*num.*91.*lib.*1. Cephal.*conſ.*166.

num.

num.49. Sarmiento *lib.5.selectar.in §.& quid si tantum num.41.* ibi: *Vbi conditio propter certum effectum inducitur sufficit, quod subsequatur effectus, quamuis conditionis verba deficiant*, Mantic. *de coniectur.lib.11.tit.16.num.9.* ibi: *Et ideo satis videtur conditionem impleri, quoad effectum, quem ipse testator cogitauit*, Fusar. *quæst.417. num.2.* vbi *quod non tam conditionis implementum, quam effectus consideratur; & quæst.454.num.51.& 52.* conduze Mier. *2 part.quæst 4. illat.8.num.201.* Y siendo el efecto, y fin desta disposicion el diuidir este mayorazgo, y que no se junte con otro, se ha de considerar, y atender primero el cumplimiento desto, auiendo persona capaz en que se pueda hazer, como es la hembra; que no querer induzir condicion de que ayan de ser dos varones, y el cumplimiento della.

103 Lo octauo, porque si el llamamiento de varones no excluye a las hembras del grado que deuen tener, y ni aun su misma exclusion *ex dict.sup.num.90.& num.91.* luego aqui aunque las palabras, *Si huuiere dos hijos varones*, induxeran disposicion, y dieran llamamiento, no podia entenderse que excluyan las hembras, sino como suenan, que auiendo dos hijos varones, se diuida entre ellos, pero que no los auiendo, sino varon, y hembra, ò dos hembras, se hiziesse la misma diuision, como deuen entenderse en vn mayorazgo regular.

104 Lo nono, porque en las palabras en que se dio llamamiẽto, illic: *Venga al hijo segundo legitimo natural, y a sus descendientes*, no se repitio la calidad de varon, ni esta de derecho se entiende repetida; ex latè adduct. à Castill. *lib.2. cap.4. à num.27.* y en el llamamiento de hijo se comprehende la hija, *l. siquis ita 16. ff. de testament. l. iusta 201. de verbor. significat. cum late adduct.* à Barbos. *appellat. 99.num.48.* sin que importe que venga proprie, ò improprie *ex dict. sup.num.87.* Y lo que no tiene duda alguna son las palabras que se siguen, *y sus descendientes*, porque son del todo regulares, y comprehenden las hembras, *l. fin. C. de suis, & legitim. hæredit. l. cognoscere, §. vlt. ff. de verbor. significat.* Fusar. *quæst.325. à num. 1.* con que es preciso, que la hembra suceda.

105 Y assi ex suppositione, q̃ huuiera dos hijos varones en quiẽ se hiziesse la primera diuisiõ, y sucediesse el segũdo, y este muriesse dexãdo vna hija sola, y el hermano mayor dexasse dos hijos, ò mas varones, sucederia sin embargo la hija, assi en fuerça del llamamiẽto de descendiẽtes, como porq̃ en el mayorazgo incõpatible en q̃

 està

està llamado el hijo ſegūdo, fuera del caſo de la incompatibilidad, ſe ha de gouernar la diſpoſicion por los llamamientos del primogenito, Socin. Senior *conſ.47.n.12.lib.3.* Decian. *conſ.7.nu.52.lib.1.* Mier. 2. *part. quæſt.4. illat.8. num.*334. Robl. *lib.2. cap.6. num.5.* ibi: *Maioratus conſtitutus in ſecundogenito determinatur ſecundum regulas conſtituti in primogenito*; Caſtill. *lib.6. cap.178. num.11.* Pues por que en el primero grado de la diuiſiō no ſucederà tambien la hembra a falta de varon que eſte en el?

106 Lo decimo, en fuerça de las palabras: *Por la orden, è regla que ſuſodicha es en eſte mi mayorazgo*, que repite la fundacion cō todas ſus calidades, y llamamientos diſpoſitiuos della, como queda dicho *ſup. num. 80.* y para que ſe pudieran traer grande numero de autoridades, y no repitiendoſe a lo antecedente de la clauſula, ſino a toda la fundacion, ibi: *Que ſuſodicha es en eſte mi mayorazgo*, es preciſo dar ſu lugar à la hembra, como en ellos le tiene.

107 Lo vndecimo por la razon de la clauſula, que es general y expreſſa, y eſtiende la diſpoſicion, y la incompatibilidad a todos los caſos en que pueda darſe, el que ſe confunda eſte mayorazgo con otro, como queda dicho *ſup. à nu. 12.* y ſe dirà *infra num. 125.* luego es preciſo, que no ſe limitaſſe al caſo de auer dos hijos varones, ſino que ſe eſtienda a qualquiera capaz de la diuiſion, como es entre varon, y hembra.

108 Lo duodecimo por las palabras finales de la clauſula, en que en la ſegunda diuiſion indiuidualmente llamò a la hija ſegunda, luego en eſta primera diuiſion ſe deue entender lo miſmo, quia voluntas teſtatoris, ita accipi debet, vt ſit vniformis, *l. iam hoc iure, ff. de vulgar.* & ne diuiſio voluntatis contingat, *l. cum qui, §. pro parte, ff. de his quibus vt indign.* Fuſar. *quæſt.403. num.6. in princip.* y eſtando las palabras en la miſma clauſula, tiene mas fuerça, Surd. *conſil.564. num.7. lib.4.*

109 Lo 13. porque ſi aſsi no fuera, vinieran a quedar en lo incompatible las hembras ſin llamamiento, porque ſi en eſta primera oracion quieren los Abogados del Duque que no lo tengan, y que los dos en quien ſe han de diuidir han de ſer preciſamente varones. Y en la ſiguiente, *que la tal muger huuiere ſolamente vn hijo varon*, dizen que ſe ha de entender de qualquiera varon deſcendiēte que aya, y quieren que tambien eſte la excluya, y que la vltima en q̄ ſe admite la hēbra ſe reduzga al ſentido de las dos, nūca podia en-

entrar la hembra, sino es auiendose acabado todos los varones de la familia, y entonces solo parece que entraria, porque no se acabasse el mayorazgo. Pues podia auer cosa mas desacordada q̃ en vn mayorazgo, regular en todos los llamamientos, en lo incompatible se dixesse esto, siendo la hembra capaz de la succession, y de conseruar la memoria del fundador? Bien se reconoce quan contra toda razon prudencial, y legal fuera esto.

110 Y assi por todos estos medios en esta primera oracion tiene llamamiento la hembra.

111 Siguese en la clausula. *E no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo*; en que pretende el Duque que se ha de entender auiendo hijo segundo, porque de otra manera no se puede dezir mayor, y siendo ambos varones en conformidad del sentido que auia dado las palabras primeras.

112 Pero se excluye. Lo primero, con que tambien se llama hijo mayor, ò primogenito aunque no tenga hermanos, ni hermanas menores, y sea solo, *cap. Ioseph. de verb. signific.* Quintilian. Mandos. *in regul. Cancellar. quæst. 5. num. 2. fol. 170.* Mieres 2. *part. quæst. 4. num. 34.* Menoch. *de præsumptiõ. lib. 4. præs. 92. num. 2.* Lo segundo, que quando se huuiesse de dezir mayor con relaciõ precisa de auer segundo, se entenderà hijo, ò hija segunda, como se deue en cõformidad de lo que queda fundado. Lo tercero, por la razon que indiuidualmente se puso a el, que aunque como general se estiende, y gouierna toda la disposicion; pero especialmente se puso al hijo mayor que tuuiesse otro mayorazgo, porque es lo principal que quiso excluyr, y siendo poderosa para estender la disposicion, *ex dict. supra nu. 12. & num. 115.* auia de estender en primer lugar esta exclusion del hijo mayor, para que no solo lo quedasse teniendo otro hermano varon, sino auiendo hermana, ò otra hembra.

113 Prosigue la clausula diziendo: *Pero si acaesciere que la tal muger solamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, è lo tenga, è possea en su vida*, en que pretende el Duque, que auiendo vn hijo varon, solo esse aya de lleuar ambos mayorazgos, aunque aya hija, ò hermana.

114 Y se excluye lo primero, que alli vno, es lo mismo que solo, Barbos. *dict. 435. num. 3.* y la palabra *solo*, y *solamente*, que se hallan en ella, excluyen toda otra persona, de aquellas a quien pueda hazer relacion, *l. si te solum. ff. de hered. inst. l. 2. ff. de vsu. & habitat. l. 1. ff. de condit. furti*, ibi: *Soli Domino, l. 3. C. si aduersus rem iudicat.* ibi:

So-

Solus Princeps. Rot. apud Farin. *decis.* 456. latè Barbos. *dict.* 318 *num.* 2. *& 7. & dict.* 380. *num.* 1. y assi no se pueden verificar teniendo otros hermanos, ò hermanas el hijo de quien esta oracion habla.

115 Lo segundo, porque es indubitable esta sentencia, concedida la proposicion que auemos hecho en la primera diuision, porque si alli sucede la hembra no auiendo hermano segundo varon, como por tantos medios se comprobò aqui el vno, y solo se ha de entender no teniendo hermana, porque teniendola, como ella es capaz, y successible le excluye por la admision que alli tiene, y por la exclusion que el hermano mayor tiene en la clausula siguiente, de que no venga, ni pueda venir a el.

116 Lo tercero, porque de no ser assi, se dieta vna correccion incõtinenti, y absurdo grande; porque si en la primera oracion de esta clausula viene la hija segunda; y por la segunda oracion se excluye al hijo mayor, por esta tercera no era possible que el mismo hijo mayor excluido se admitiesse teniendo hermana: con que la palabra *vno, y solamente*, se han de entender no teniendo hermano ni hermana.

117 Lo quarto, porque repugnara a la razon, a la voluntad, y a las palabras, porque si toda la volũtad, y animo del fundador fue querer escusar la junta de su mayorazgo con otro, y que se conseruasse en vn solo posseedor, que es por la que ordinariamente se suelen mouer todos, Dom. Molin. *lib.* 2 *capi.* 14. *numer.* 26. Castill. *lib.* 6. *cap.* 178. *num.* 15. D. Larr. *decis.* 51. *num.* 17. y se expressa in *l.* 7 *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* auiendo esto de suceder en el hijo mayor de los dos posseedores que se casassen, habla alli con palabras duplicadas, y negatiuas: *no venga, ni pueda venir*, negando toda potencia para la succession, y para mayor fuerça de la exclusion añadiò la razon q̃ le mouia a ello, con que en materia de exclusion quedò en el grado mas preciso que pudo: Como pues era possible que a este mismo auia de admitir teniendo hermana? Que quando en el caso de la primera diuision, el segundo que llamaua para hazerla, huuiesse alguna causa, para dezir que auia de ser varon, por dezirse que conseruaria mejor su memoria, que la hembra, tenia esto algun color, aunque queda excluido: Pero siendo la hembra capaz tambien de conseruar la memoria, y linage del fundador, *l. liberorum in fin. ff. de verbor. signific. authent. de hæred. ab intest. venient.* §. 1. *collat.* 9. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 6. & 7. ibi: *Etiam si institutor maioratus causa memoriam suam conseruandi eundem maioratum instituerit, memoria namque etiam per fæminas conseruatur.* Et ibi Add. Pat. Molina

dic.

*diſput.625 num.*3 .Fuſar.*quæſt.*345.*num.*14. que en concurſo della ſe admita al mayor incapaz,excluido inhabil , y totalmente contrario al fin que tuuo el fundador,de ninguna manera ſe puede admitir,porque preguntamos en quien eſtarà mejor eſte mayorazgo, ſegun ſu fundacion ; en vna hembra deſocupada de otro capaz para tenerle , ò en el hijo mayor varon que tiene otros mayorazgos? y no parece que ſe podrà juridicamente negar que eſtarà mejor en la hembra,porque en ella ſe verifican las palabras de la fundacion,y la cauſa de la incompatibilidad ; y aſsi ſe ha de entender que es ella la llamada; Caſtill.*lib.*5.*cap.*82.*à num.* 5 y no en el varon,ſino muchas excluſiones. Y porque ſiempre el hijo ſegundo es mucho mas aproposito que el mayor , para ſuceder quando ay incompatibilidad en el mayorazgo,como ſe probarà infr.à n.*128.*

118 Finalmente ſe ſigue la vltima oracion de la clauſula.*Pero deſpues de ſus dias que lo aya, y herede el ſegundo hijo varon ſuyo legitimo , ò hija en defecto de hijo varon, è ſus deſcendientes legitimos, è naturales,ſegun la orden , è regla contenida en eſte dicho mi mayorazgo.* Y ſiendo ellas claras,è indubitables en la admiſion dela hebra,por ſu ſignificado,y por las palabras relatiuas que tienen à la demas diſpoſicion,no ſolo han de admitir la hembra en el caſo de la ſegunda diuiſion,aunque eſte lo es,ſino tambien en el de la primera, porque por eſtar en el fin ſe refiere a toda , como refiriendo à muchos Caſanat.*conſ.*47.*num.*7.& *conſ.*53.*num.*24.& *conſ.*54.*num.*18. & 23. y ſe dize todo vna oracion,Caſan. *conſ.*47.*num.*84.& 85. y no ay cauſa para que diuerſo iure cenſeatur, Caſtill. *c.*97.*n.*5.

119 Y aſsi la clauſula es llana para comprehender la hembra en todos los caſos della.

Por diſpoſicion de derecho.

120 Concurre con eſto la diſpoſicion de derecho , porque la *l.*7.*tit.*7.*lib.*5.*Recop.* en la razon , y en la deciſion viene en todo cõ la pretenſion de Doña Franciſca,porque llama al hijo ſegundo , ò hija ſegunda,como aqui hemos fundado , que eſta clauſula ſe ha de entender, y el permitirla junta en vno , es quando no tiene otro hermano,ni hermana alguna,y eſta ley comprehende los mayorazgos antes della fundados,como latamente funda Caſtill. *lib.* 3. *cap.*28.*num.*25.& *lib.*6.*cap.*177.*num.*39.

121 Tambien conuiene con nueſtro ſentir la reſolucion de

los DD. que en el llamamiento que se haze de hijo segundo, y aun que se diga varon, no solo viene el hermano segundo varon, sino la hembra, como en los mismos terminos de este pleyto, y Estado de Moya comprueba elegantemente Castill. *d. lib. 6. cap. 160. num. 6.* conuenciendo notoriamente a Mieres, que lleuò lo contrario, lugar digno de verse para la determinacion deste pleito.

Pruebase, que segun los supuestos referidos es Doña Francisca Antonia la legitima, y verdadera sucessora deste mayorazgo, y no el Duque.

122 Lo primero, porque Doña Francisca Antonia tiene llamamiento expresso en el dispositiuo en que se dio a los hijos, y descendientes varones, y hembras de Don Iuan de Cabrera primero llamado, por cuya linea discurre todo el mayorazgo.

123 Lo segundo, porque lo tiene tambien en la clausula irregular de la incompatibilidad, en falta de varones de su misma linea y grado, como tan latamente se ha fundado.

124 A que no obsta dezir, que no es hija segunda del vltimo posseedor, que fue Don Diego Lopez Pacheco, Marques de Moya, y que lo literal de la clausula no mandò hazer la diuision, sino entre los hijos de las personas en quien se causasse la incompatibilidad.

125 Porque se responde, que auiendo sido la prohibicion de la junta deste mayorazgo con otro real, como queda fundado sup. *nu. 8. ad* 11. Y la causa final tambien fue general, y mirò a todos los grados, y personas, no se puede restringir el llamamiento de hijo segundo al hijo del posseedor, sino a todas las personas en quien se pudiere verificar, auiendo el caso de la incompatibilidad, como latissimamente comprueba Castill. *lib. 6. cap.* 181. *per tot. vt in num.* 4. ibi: *Ratio namque ipsa aut causa generalis, siue generaliter, & aequaliter omnibus gradibus, & personis conueniens, & ab institutore maioratus expressa, cum ipsa generalior sit, efficit vt vocatio secundogeniti, vel remotioris, & exclusio primogeniti, aut proximioris gradus extendatur ad omnem casum, & personam, in quo militet eadem ratio.* Y assi dize en el *num.* 5. que esto se ha de mirar, y no la corteza de las palabras, y buelue en el a fundar, que el segundo genito en todos los grados, ha de ser admitido, y lo mismo repite en el *n.* 9. 10. y los sigu. y conduce el *cap.* 143. del mismo por todo el.

126 Y porque vna vez derogado el grado, y hechose el mayo-

raz-

razgo incompatible, no se ha de buscar conjeturas para admitir al hijo mayor, sino para excluirle, y admitir al hijo segundo, Onded. *cons.48.a num.40.volum.2.* Galganet.*2.part.cap.6.quæst.7.num.13.* Castill.*lib.6.d.cap.181.num.4.& num.34.* illic: *Tunc namque ex quo in aliquo gradu iam derogatum est iuri communi, & secundogenitus, aut remotior prefertur etiam in alijs gradibus repetitio, aut relatio concedenda est subsistente eadem ratione, etiam si derogetur iuri communi excludendo, scilicet, primogenitos.* Y assi segundogenito se entenderà aquel que al tiempo de la vacante tuuiere esta calidad, donde quiera que estuuiere.

127 Y porque en la fundacion del mayorazgo, quando el es perpetuo, y se excluye a alguno, y no se da llamamiẽto a quien aya de ir, sucede el siguiente en grado capaz, que pueda, y deua cumplir con la fundacion, Castill.*lib.6.cap.166.num.21.*

128 Y porque siempre es mas a proposito para suceder en semejantes mayorazgos incompatibles el hijo segundo, que el mayor, como prueban Rip.*in Rubric. C. de secund.nupt.num.7.& 12. & respons.2.sub tit.de substit.à num.15.* Alciat.*resp.101.in fin.lib.9.* Mier.*2.p.q.4.illat.8.num 25.* Castill.*lib.6.cap.178.num.15.*

129 No obsta q̃ Doña Iuana Pacheco su tercera abuela fuesse excluida por Don Francisco su hermano, Duque de Escalona, porque auiendo cessado la causa de aquella exclusion, y siendo este caso diferente, por no ser entre hijos, sino entre transuersales del vltimo posseedor, y por las demas razones que se han considerado por esta parte para excluir la cosa juzgada, pudiera ella misma, y sus descendientes mas bien reintegrarse, y suceder, latissimè Castill. *lib.5.cap.91.à nnum.60.cum seqq.& cap.92.à num.58.* y refiriendo grande numero de Doctores, D.Solorç.*lib.2.cap.19.num.34.& 35.* tom.2.

130 No puede ser sucessor el Duque deste mayorazgo.

131 Lo primero, porque està excluido por la incompatibilidad expressa que ay entre estos mayorazgos, por lo que queda fundado a *num,6.ad 21.*

132 Lo segundo lo està por la incompatibilidad tacita, y este es medio eficacissimo, porque esta, no solo la causa este Estado de Moya, sobre que se litiga, sino que mas precisamente la causa el Estado de Villena, y Escalona: con que el posseer aquellos Estados el Duque, impide el que pueda tener entrada en el el de Moya, como queda propuesto a *num.22.ad 28.* y antes en el *num.19.y 20.* y para esto no haze al caso todo lo que se ha dudado en este pleyto, sobre

el entendimiento de la clausula de la incompatibilidad de el de Moya, pues tenga el sentido que quisiere, basta auer grauado el Fundador deste mayorazgo a que traxessen su apellido, y armas de Cabrera y Bobadilla, para que no pudiesse tener entrada en el ningun Duque de Escalona, porque requiere las de Pacheco solas, sin mezcla de otras algunas.

133 Lo tercero, està excluido el Duque por el llamamiento que tiene el hijo segundo, como queda fundado sup. *à num.29 ad* 34. especialmente auiendose de estender a todos los hijos segundos todas las vezes que sucediere esta incompatibilidad *ex dict. supra num.125.*

134 Lo quarto, tambien lo està por la expressa exclusion que tiene, vt sup. *à num.35.* especialmente quando la clausula no recibe la interpretacion que se le ha querido dar de que sea, auiēdo dos hijos varones, sino que proceda respecto de qualquiera hembra, cōmo tan latamente se ha probado.

135 Y lo quinto, por la disposicion de la *l.7.* vt sup. *à num.36.* que procede tambien en los mayorazgos fundados antes della, vt sup. *à num.120*

136 Lo sexto, porque es hijo de don Iuan Fernandez Pacheco su padre, Duque de Escalona, que fue excluido por su hermano segundo, y tiene el Duque que litiga la misma calidad que su padre, y la misma causa de exclusion, con que quedò prejudicado, y excluido tambien, porque aquella exclusion es diferēte de la de doña Iuana Pacheco, y afecta todos los primogenitos, y no pueden constituir linea de sucession, vt sup. *num.19.* & 20. y latamente D. Solorçan. *lib.2.cap.19.num.34.* & 35. *tom.2.*

137 Lo septimo, porque tampoco puede venir como padre, porque regularmente el padre, ni es de la linea del hijo, ni sucede en el mayorazgo despues de el muerto, como latamente comprueba Castill *lib.6.cap.140. per tot.* y juntandose à esto la exclusiō que el Duque tiene por su persona, y como hijo del Duque su padre, no es dudable, que no puede competir la sucession con Doña Francisca.

138 Ni obstara dezir, que en mayorazgos incompatibles se suele dar la eleccion, porque no es este el caso della, ni aqui compete, porque el llamamiento le excluye D. Valenç. *cons.83.num.75.* Paz *de tenut.2.part.cap.57.num.216.* Castill. *lib 6.cap.178.num.15.* & *cap.179.num.1.* D. Larrea *decis.51, num.16.* & 35. & *decis.52.*

num.

*num.*26. especialmente estando el Duque posseyendo sus Estados incompatibles, y no los auiendo nunca dexado, ni pedidola.

139 Vltimamente tampoco obsta el caso de la retencion de dezir, que quando sobreuiene el mayorazgo que causa la incompatibilidad, se puede retener: de qua per Mier. 2. *part.quæst.6. num.* 48, Castill.*lib.5.cap.15.à num.2.ad* 20. y otros que para esto se podran citar.

140 Porque esta doctrina no se puede aplicar al padre, porquè el Duque don Diego, que es quien litiga, al tiempo que murio don Diego su hijo, y fue quando puede pretender, que se le defirio la sucession deste mayorazgo, el no solo era hijo mayor, y primogenito de su Casa, sino actual posseedor de los mayorazgos de Villena, y Escalona, y assi estaua causada la incompatibilidad por todas partes, porque como posseedor de Escalona impedia, que este pudiesse entrar en el, porque la incompatibilidad viene à estar en ambos. Y porque bastara ser primogenito de su Casa para quedar excluido, y que no pudiesse entrar en el el mayorazgo de Moya; para lo qual se deue reparar en la clausula, que excluyò al hijo mayor, sin auer sucedido, ni muerto el padre, sino solo con morir la madre; ibi: *Pero despues de los dias de la tal muger*, a quien supone posseedora deste, excluye al hijo mayor, ibi: *No venga, ni pueda venir al hijo mayor*, y esto no porque aya sucedido, sino porque hà de suceder en el mayorazgo de su padre, ibi: *Porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre.*

141 Y en quanto a la cosa juzgada nos remitimos a lo escrito en las demas informaciones; y porque el tiempo no da mas lugar, ni alargar mas este papel, y por no tener este punto por tan embaraçoso como los que se hã disputado, nos remitimos a lo que està dicho por doña Francisca Antonia en sus informaciones.

142 Respeto de lo qual es incomparablemente mejor la justicia de doña Francisca Antonia, que la del Duque, por muchos medios, para que se determine en su fauor, y se le dè la tenuta de este mayorazgo, como se espera. Salua en todo D.S.C.

Lic. D. Iuan Muriel.